
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

POR

AMARO CAVALCANTI

Do Instituto dos Advogados Brasileiros



RIO DE JANEIRO
LAEMMERT & C. -- RUA DO OUVIDOR, 66
CASA FILIAL EM S. PAULO
1905

Rec. 21-9-07
Luciana Gomes

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

DO MESMO AUTOR:

A Religião, Ceará — 1874.

A Meus Discipulos (Polemica religiosa). Ceará — 1875.

Livro Popular (Miscellanea de conhecimentos uteis), Ceará — 1879 New York, 1881.

Educação Elementar nos E. Unidos da N. America. Ceará — 1881.

Noticia Chronologica da Educação popular ao Brazil (incompleto). Ceará — 1888.

Ensino moral e religioso nas Escolas Publicas, Rio — 1888.

Meio de desenvolver a instrucção primaria aos municípios ruraes, Rio — 1884.

The Brazilian Language aad its agglutination, Rio — 1884.

Finances (du Brésíl). Paris — 1889.

Resenha Financeira do ex - Imperio. Rio — 1890.

Projecto de Constituição de um Estado (*com varias notas e conceitos politicos; sob O pseudonymo de Agonates*), Rio — 1890.

A Reforma Monetaria, Rio 1891. Politica a Finanças. Rio — 1892.

O Meio Circulante Nacional. Rio — 1898.

A Situação Politica ou a intervenção do Governo Federal nos Estados da União, Rio — 1898.

Elementos de Finanças, Rio — 1896.

Tributação Constitucional. Rio — 1896.

Regimen Federativo, Rio — 1900.

Sobre a unidade do direito processual (*Relatorio ao Congresso Juridico Americano*), Rio — 1900.

Direito das obrigações (*Relatorio sobre os arts. 1011 - 1227 do Proj. do Cod. Brasileiro*), Rio — 1901.

O Arbitramento (*no direito internacional*), Rio — 1901.

Taxas Protectoras nas tarifas aduaneiras, Rio — 1903.

E diversos outros trabalhos, literarios, economicos, juridicos e politicos.

A' Escola de Direito da **Union University** na Capital do Estado de New York.*

Dedica o presente livro livro, como um tributo de amor e saudade.

Amaro Cavalcanti.

* Dos 58 alumnos graduandos da turma de 1880-1881 era eu o unico estrangeiro; mas, isso não obstante, além de generosamente distinguido na *Class Organization*, coube-me ainda a honra de ser o primeiro orador de acto solemne da collação dos grãos. Apenas recebido o diploma academico, apresentado pelo Diretor da Escola á *Côrte Suprema*, a qual por sua vez me conferio o titulo de "Counsellor at law."

Factos desta ordem, em vez de se apagarem no espirito, amis se avivam, com o correr dos annos e a distancia dos logares...E, precisamente, a sua grata recordação explica a dedicatoria, escripta no alto desta pagina.

AO LEITOR

“Quid, es enim civitas, nisi juris civitas”. – Cic. De Rep. 1, 33.

O título do livro indica claramente o objecto, que nos propuzemos com a sua publicação. Todavia não será, certamente, inútil dizer ao leitor algumas palavras de previa informação sobre o modo particular, segundo o qual encaramos a matéria da “Responsabilidade Civil do Estado.”

Não sendo mais possível admittir, sem protesto, a velha doutrina da irresponsabilidade absoluta do Estado, pela sua repugnancia manifesta com o moderno conceito desta organização essencial de direito, procurou-se muito naturalmente aventar e justificar nova theoria que, mantendo embora todas as prerogativas do poder soberano, que o Estado symbolisa, contudo, não sacrificasse os direitos individuaes, pelo menos, do modo illimitado ou incondicional, como outrora se pretendia.—Dahi os systemas diversos que, conforme o ponto de vista particular dos autores, ora ampliam, ora restringem, quasi sempre sem um criterio assas definido, a responsabilidade do Estado pelos actos dos seus representantes ou funcçionarios.

Os systemas engendrados assentam, todos elles, em distincções, mais ou menos subtis, que se devem guardar entre os actos, *legaes* e *illegaes*, *licitos* e *illicitos*, de *imperio* e de *gestão*, ou ainda, entra actos praticados, *sem culpa* ou *com culpa* ou *dolo*, por parte do respectivo agente ou funcçionario.

Semelhantes systemas, é de vêr, não tem podido satisfazer, nem jamais serão capazes de satisfazer, ao postulado geral de direito e de justiça, que a questão envolve; desde que começam por distinguir, em principio, o que, somente em dados casos particulares, seria licito fazer, e

ainda assim, na occorrença de circumstancias especiaes, segundo a razão e fim do proprio facto.

Em principio, a unica these, possivel de ser affirmada, é esta: “dada a lesão de um direito objectivo, effectivamente adquirido pelo individuo,— do proprio acto lesivo resulta a obrigação de prestar ao lesado uma reparação equivalente.” E’ um dever imperativo da justiça natural, e sabidamente consagrado na legislação positiva dos diversos Estados civilizados.

Insiste-se , não obstante, em dizer, que o Estado, considerado no seu fim superior, ou na sua *qualidade essencial* de poder soberano, não se póde achar igualmente sujeito áquelle grande principio; competindo-lhe, ao contrario, declarar elle proprio, quaes os actos lesivos, por que lhe apraz responder, quaes, não; donde, consequentemente, a impossibilidade de haver uma regra geral, positiva, para essa ordem de relações...

É evidente, que o predomínio desta doutrina importaria a negação, a mais formal, do proprio direito e justiça, — para cuja manutenção e constante garantia, aliás, é, que o Estado existe, como a primeira e a mais poderosa das instituições sociaes.

“Soberania” significa sem duvida *poder supremo*, isto é, a função mais elevada e comprehensiva de todas as mais, que se manifestam na ordem juridica; mas não, que ella seja *absoluta*, ou *menos sujeita ao direito*, do que qualquer outra forma de função social.*

A soberania exprime as propriedades de uma dada forma de organização social, a dizer, da sociedade-Estado; mas o *direito* é o

* Folgamos de poder dizer, que as idéas, ora sustentadas, quanto ao exercício da soberania do Estado, nada diffêrem das que havíamos emittido em trabalho anterior (Regimen Federativo, p. 9-10.— Rio Janeiro, 1900).

principio de ordem, *necessario ás sociedades humanas* em todas as suas formas, quaesquer que sejam. Ella significa sómente, que o Estado occupa o primeiro logar; mas é sempre o direito, que lhe deve formar e assegurar o seu proprio fim, assim como o faz com relação ás outras associações diversas. O Estado é, e tem por objecto dar garantia, a maior, e nunca denegada, da condição primordial da propria vida e acção humana collectiva: o direito (*die oberste und niemals versagende Bürgschaft für jene Urbedingung alles menschlichen Zusammenlebens und Zusammenwirkens, die das Recht ist*). O que, por si só, basta, para se não poder jamais apresentar, como argumento, que, em virtude da sua soberania, lhe seja licito considerar-se, sujeito ou não, ás relações do direito (Haenel, *Deutsches Staatsrecht*, §§ 15 - 16).

Em menos palavras: poder soberano, quer dizer, aquelle, que não está sob ás ordens ou fiscalisação de um outro; mas, não, poder juridicamente irresponsavel, isto é, que não deva responder pelas lesões do alheio direito: "Justa imperia sumto" (Cie. De leg. III).

— E' certo, que muito embora já consagrado o novo credo do Estado de direito (Rechtsstaat), não falta, todavia, quem ainda persista em sustentar, na pratica das leis e da jurisprudencia, que o Estado, ente politico ou soberano, age em esphera superior ao proprio direito, e que, consequentemente, é irresponsavel, si, como tal, violar os direitos individuaes... Tanto póde, com effeito, a força do dogma tradicional de *Estado - creador do direito!*

De maneira que ainda agora, temos, bem ou mal, de escolher: ou a continuação da doutrina da *irresponsabilidade*, que se suppõe justificada em vista da velha concepção do Estado antigo e medieval; vou abraçar resolutamente a nova doutrina da sua responsabilidade geral conforme aos principios, sobre os quaes assenta a moderna sciencia.

Por nossa parte, não podemos deixar de preferir á ultima destas doutrinas. Não comprehendemos o Estado com direitos anteriores aos dos proprios individuos, que o compõem.

A expressão mais elevada do seu poder, á que se dá o nome de soberania, é uma consagração do direito; queremos dizer, — é o direito, que reconhece a necessidade do conjuncto das faculdades e isenções, que constituem tamanha attribuição do Estado, por ser, aliás, indispensável á protecção dos proprios direitos individuaes.

Mesmo, sem nada objectar contra a extensfto dos poderes politicos ou soberanos do Estado, — desde que é, como *pessoa juridica*, ou como sujeito de direitos, que elle é chamado a responder pelas obrigações resultantes dos seus actos, torna-se manifesto, que se não poderá bipartil-o nesta sua qualidade *essencial* de sujeito de direitos; para declarar-o responsavel, ou não, pelos effeitos de ditos actos. Não podendo elle manifestar-se e agir, senão, pela figura juridica da representação (hic, p. 270 sg.*), todo acto do representante deve ser considerado logicamente, como acto do representado, e, em consequencia, o ultimo ficando obrigado a responder pelos effeitos lesivos do acto do primeiro, si os houver, do mesmo modo que é pelo seu intermédio, que auferes as proprias vantagens e proventos — *Qui facit per alium facit per se.* — *Qui sentit commodum, sentire debet et onus.*

* SIGLAS DIVERSAS: Hic (ou hic)—neste livro; 1.—livro; t.— tomo (ou volume da obra citada); tit.— titulo; p.— pagina; sg.— seguintes; Cf.—confere; ap.—apud; Acc.— Accordam; C. App.—Côrte ou Tribunal de Appellação; C. C— Côrte de Cassação; C. E.— Conselho de Estado; Const Fed.— Constituição Federal; Consol.— Consolidação das leis civis por Teixeira de Freitas; D. Ger.— Directoria Geral; Gov. Prov.— Governo Provisprio da Republica; P. C. C. —Projecto do codigo civil brasileiro (pendente de deliberação do Senado); T. C—Tribunal dos contactos; S. T. F.— Accordam do Supremo Tribunal Federal (do Brazil); Trib.— Tribunal.

—As demais *siglas* empregadas serão explicadas em notas opportunamente.

—Nas citações, referentes ao direito romano, seguimos a mesma norma que empregamos nas citações de autores ou códigos modernos, isto é, começando por dizer— *o livro, titulo, paragrapho*, etc., em vez do numero indicativo da lei ou *fragmento* como é de regra mais usual.

Ainda que a legislação dos diversos povos careça ainda de disposições de character geral, que assim o declarem, não é menos verdade, que a responsabilidade do Estado já se acha reconhecida por disposições especiaes, relativas á certos ramos do publico serviço,— e a consciencia juridica moderna reclama, cada vez com maior insistencia, que dita responsabilidade seja consignada, como regra geral do direito positivo, por assim ser necessario ao cumprimento da verdadeira justiça.

Embora institucionalmente privilegiada, como é, a pessoa - Estado, ella tem, como as demais pessoas juridicas, a sua conducta traçada pelas regras do direito objectivo, resultante da natureza da sociedade humana.

Além disto, assim como a igualdade dos direitos, assim tambem a igualdade dos encargos, é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um individuo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem commum, segue-se, que os effeitos da lesão, ou os encargos da sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a conectividade, isto é, satisfeitos pelo Estado,— afim de que, por este modo, se restabeleça o equilibrio da justiça commutativa: *“Quod omnes tangit, ab omnibus debet supportari.”*

E porque preferir, nesta questão, as linhas curvas da hesitação ou incoherencia, em vez da recta, que a logica juridica nos offerece? — *Sequi debet potentia justitiam, non prcedere* (Coke's Inst).

Com effeito, no estado actual da razão scientifica o unico ponto de partida verdadeiro é este: o direito é a regra de conducta e proceder, tanto dos individuos, como do Estado; consequentemente, assim como succede com os individuos, assim tambem deve o Estado, em principio, responder pelos proprios actos, — salvo si uma razão juridica superior fizer cessar occasionalmente a sua responsabilidade.

E isto uma vez admittido, já não seria mister tomar em consideração o exame das varias theorías que, como se disse, distinguem, por maneiras diversas, os actos do Estado, como condição ou criterio para a solução do problema.

Do nosso presente trabalho ver-se-ha, quanto são insufficientes umas, e improcedentes outras, das theorias alludidas...

— No entanto, por assim exprimir-nos, não se supponha que, tambem da nossa parte, obedecemos á preocupação de reunir documentos para comprovar exclusivamente a verdade da doutrina, que professamos.

Não. O nosso unico empenho foi fazer um livro de inteira bôa fé e imparcialidade, procurando desfarte, ainda que como *pars minima*, contribuir para o estudo das letras juridicas em nosso paiz. Desta norma de imparcialidade não nos afastámos, nem mesmo quando, em capitulo proprio (p. 265 sg.), tivemos de enfeixar, mais accentuadamente, as nossas idéas pessoaes sobre o assumpto. Pelo contrario, em cada um dos *titulos* "indicação dos systemas ", "critica dos systemas ", e " pratica dos systemas", encontrará o leitor todas as opiniões, pareceres, considerandos, e argumentos, que expõem ou controvertem as theorias diversas, até agora aventadas, acerca da responsabilidade civil do Estado, — negando-a, ou affirmando-a, segundo o critério particular do respectivo preopinante. Ainda mais: raramente nos limitámos á enunciar as simples opiniões dos autores, conforme a nossa interpretação particular; em vez disso, servimo - nos, de preferencia, das suas proprias palavras em longas transcripções, no intuito declarado de habilitar o leitor a julgar, por si mesmo, da razão ou admissibilidade dos conceitos emittidos. Igual procedimento guardámos na "Secção preliminar", trabalho, que nos pareceu conveniente ajuntar; porque, tratando do Estado, como pessoa juridica, cumpria, antes de tudo, verificar quaes os principios, que ora

prevalecem sobre esse instituto, segundo às lições mais recentes da sciencia.

— Com estas ligeiras indicações, entregamos o nosso modesto trabalho ao juízo competente dos que considerarem-no, porventura, digno da sua atenção e leitura.

Rio 15 - 8 - 1904.

INDICE

SECÇÃO PRELIMINAR

NOÇÕES DA PESSOA JURIDICA

Materias	Paginas
§ 1º Pessoa physica e pessoa juridica.....	28
§ 2º A pessoa juridica é uma ficção ?	34
§ 3º A pessoa juridica não tem razão de ser ?	45
Primeira theoria	45
Segunda theoria	52
Critica das theorias.....	56
§ 4º A pessoa juridica é um ente real ?	62
§ 5º Verdadeiro conceito da pessoa juridica	79
§ 6º Especies da pessoa juridica	87
§ 7º Capacidade da pessoa juridica	95

TITULO PRIMEIRO

INDICAÇÃO DOS SYSTEMAS

CAPITULO I

Vista geral da questão

I. A sua phase actual	111
-----------------------------	-----

II. Os sistemas principais.....	119
<i>Órgãos e funcionários</i>	120
<i>Governo. — Administração</i>	121

CAPITULO II

Theoria da irresponsabilidade

Theoria da irresponsabilidade segundo Richelmann	124
Theoria da irresponsabilidade segundo Bluntschli	126
Theoria da irresponsabilidade segundo Ronne.....	126
Theoria da irresponsabilidade segundo Wohl, e von Stein.....	126
Theoria da irresponsabilidade segundo Gabba	127
Theoria da irresponsabilidade segundo Lozzi	128
Theoria da irresponsabilidade segundo Mantellini	130
Theoria da irresponsabilidade segundo Saredo.....	133
Argumentos particulares a respeito da irresponsabilidade.....	134

CAPITULO III

Theoria da responsabilidade geral

O ponto commum de convergencia da doutrina	138
Fundamentos principais della	139
Fundamentos segundo H. Zöpfl	140
Fundamentos segundo C. von Kissling	141

Fundamentos segundo Sundheim	142
Fundamentos segundo Dreyer	143
Fundamentos segundo K. Solomo Zachariae.....	143
Fundamentos segundo Pfeiffer	144
Fundamentos segundo Meisterlin e Heffter	144
Fundamentos segundo F. Schwarze	145
Fundamentos segundo Schmitthenner	146
Fundamentos segundo Strippelmann.....	146
Fundamentos segundo H. A. Zachariae.....	146
Fundamentos segundo Gerber	149
Fundamentos segundo Marcadé.....	151
Fundamentos segundo F. Laurent	152
Fundamentos segundo A. Batbie.....	153
Fundamentos segundo Lorenzo Meucci	153
Fundamentos segundo Chironi	158

CAPITULO IV

Theoria ou systema mixto

Ponto de partida do systema.....	162
Theoria ou systema mixto segundo Larombière	163
Theoria ou systema mixto Citação de <i>De Luca</i> por Mantellini	163

Theoria ou systema mixto segundo Sourdat	165
Theoria ou systema mixto segundo A. Bonasi	169
Theoria ou systema mixto segundo E. Loening.....	173
Theoria ou systema mixto segundo Robert Piloty	183
Theoria ou systema mixto segundo A. Giron.....	191
Theoria ou systema mixto segundo Giorgio Giorgi	193
Theoria ou systema mixto segundo L. Michoud	200
Theoria ou systema mixto segundo Rönne e Primker	201
Theoria ou systema mixto segundo Henri Bailby	213

TITULO SEGUNDO

CRITICA DOS SYSTEMAS

CAPITULO I

Da irresponsabilidade

Argumentos principaes da doutrina	222
O Estado não tem actos seus proprios	224
O Estado é incapaz de culpa.....	224
O Estado não autorisa actos illicitos ou illegaes.....	229
O Estado é órgão e tutor do direito	230
O Estado não tem fins proprios.....	233
O Estado vêr-se-hia embaraçado na sua acção	234

Conclusão contra a irresponsabilidade absoluta.....	236
---	-----

CAPITULO II

Da responsabilidade geral

I. A relação entre o funcionario e o Estado é a do mandato	238
II. No serviço publico se dá a relação do dominus negotii para com o institor.....	241
III. A responsabilidade é consequencia do caracter representativo do funcionario.....	243
IV. A responsabilidade do Estado provém da culpa na nomeação ou falta de fiscalização do funcionario, ou ainda do dever de obediencia imposto aos particulares para com o funcionario	246
Opinião de Piloty a esse respeito	250
V. A responsabilidade do Estado provém do seu dever de protecção	251

CAPITULO III

Da responsabilidade segundo o systema mixto.

Em que consiste o systema.....	253
Quaes sejam os actos de <i>imperio</i>	255
Opinião de Brémont a esse respeito	255
Contra os efeitos da lei não se pode pretender indemnisação.....	256
Os actos judiciosos tambem não geram a responsabilidade do Estado .	258
Opinião de Loening a esse respeito	260
Opinião de Piloty sobre a mesma materia	261

Considerações sobre o <i>criterio da distincção dos actos</i> em geral.....	261
Opinião de Solari a respeito	263
Opinião de Chironi a respeito	264
<i>Orgãos e funcionarios ou prepostos</i>	266
Contradições de Gabba neste ponto.....	269

CAPITULO IV

A doutrina preponderante

I. FUNDAMENTO JURIDICO DA RESPONSABILIDADE.....	271
Apreciação do <i>mandato, do institorio, e da representação</i>	274
O que é REPRESENTAÇÃO no seu sentido proprio	277
Opinião de Gierke a respeito.....	278
Quaes são os representantes do Estado?.....	278
Elemento <i>objectivo</i> da responsabilidade	282
Damno material e damno juridico segundo Vacchelli	284
A lesão de direitos se pode dar por actos legaes.....	285
Opinião de L. Duguit a respeito	286
Na omissão a culpa é <i>elemento essencial</i> da responsabilidade	288
Conclusão sobre o fundamento juridico da responsabilidade.....	289
II. DIREITO REGULADOR DA MATERIA	289
Insufflciencia das disposições do direito privado	293

Exame das disposições do direito publico a respeito	296
As disposições do direito administrativo serão bastantes?	301
Qual a natureza do direito complementar de que se carece	302
III. LIMITAÇÃO AO PRINCIPIO DA RESPONSABILIDADE	306
No Estado Romano e medieval	307
O principio da responsabilidade apparece desde a idade media	309
Opinião de diversos autores a respeito	310
Tendencia irresistivel dos principios modernos	314
Qual o character da responsabilidade civil do Estado	316
Quando e onde deve cessar	319
Primeira razão	320
Segunda razão	324
Terceira razão	325
Regras conclusivas da materia	330

TITULO TERCEIRO

PRATICA DOS SYSTEMAS

CAPITULO I

A jurisprudencia franceza

§ 1º INDICAÇÕES PRELIMINARES	334
Opinião de Lonné sobre os “actos de governo”	334

A doutrina do Caso Blanco firmou a jurisprudencia em materia de competencia	337
Aplicação da doutrina da "distincção dos actos"	339
Justificativa da não - applicabilidade do direito commum aos actos da administração.....	341
Razões em contrario.....	342
Distincção entre culpas do serviço e culpas pessoas	345
§ 2º CASOS E DECISÕES.....	348
<i>Actos legales ou isentos de culpa</i>	348
a) Actos legislativos	348
b) Actos judiciaes.....	349
c) Actos de governo e de administração	349
d) Desapropriação e occupação temporaria da propriedade.....	350
e) Actos de policia o segurança publica	351
") Medidas sanitarias	355
f) Actos de guerra	357
g) Obras publicas em geral.....	362
<i>Actos illicitos ou illegales</i>	368
I Casos provenientes de relações contractuales.....	368
II Casos provenientes de relações extracontractuales	373
Breve conclusão sobre a jurisprudencia franceza	379

CAPITULO II

A jurisprudencia belga

§ 1º INDICAÇÕES PRELIMINARES.....	380
<i>Os actos de poder publico.....</i>	382
Actos em que o Estado aparece como pessoa civil.....	382
Actos de responsabilidade pessoal dos funcionarios	384
§ 2º CASOS E DECISÕES.....	386
<i>Actos legales ou isentos de culpa.....</i>	386
a) Actos de policia e segurança publica	387
b) Actos de guerra	387
c) Casos de desapropriação	387
d) Obras publicas.....	389
<i>Actos illicitos em geral</i>	391
I Provenientes de relações contractuaes.....	392
II Provenientes de relações extracontractuaes	392
Casos de <i>irresponsabilidade</i> declarada	394
Breve conclusão sobre a jurisprudencia belga.....	395

CAPITULO III

A jurisprudencia alleman

§ 1º INDICAÇÕES PRELIMINARES.....	396
-----------------------------------	-----

Responsabilidade dos funcionarios publicos	399
Como é considerada a questão da responsabilidade civil do Estado.....	401
Opinião de Otto Mayer a respeito	402
Emendas ao projecto do codigo civil e disposições, adoptadas neste	406
§ 2º CASOS E DECISÕES.....	407
<i>Actos legaes ou isentos de culpa</i>	407
Opinião de Gierke e jurisprudencia a respeito	408
Em particular sobre a desapropriação e outros casos	409
<i>Actos illicitos em geral</i>	412
Responsabilidade proveniente de infracções contractuaes	412
Responsabilidade proveniente de actos extracontractuaes	413
Decisões sobre alguns casos particulares.....	416
Decisões sobre o caracter juridico do funcionario	419
Decisões sobre a natureza da obrigação, solidaria ou subsidiaria, do Estado.....	420

CAPITULO IV

A jurisprudencia italiana

§ 1º INDICAÇÕES PRELIMINARES.....	421
Theoria da distincção dos actos segundo as proprias decisões.	423
Como se dá a responsabilidade civil do funcionario.....	427

§ 2º CASOS E DECISÕES.....	429
<i>Actos legaes ou isentos de culpa.....</i>	429
Desapropriações por utilidade publica	431
Actos de guerra	432
Actos de policia ou de segurança publica	434
Restricção á irresponsabilidade <i>jure imperii</i>	436
Actos de policia sanitaria.....	438
Obras publicas.....	440
<i>Actos illicitos em geral</i>	444
I Damnos provenientes de relações contractuaes	444
II Damnos provenientes de relações extracontractuaes	446
Abandono da theoria da <i>distincção</i> dos actos	448
Quando se da a responsabilidade do <i>preponente</i>	450
Ainda sobre a doutrina da <i>distincção</i> dos actos.....	454

CAPITULO V

A jurisprudencia inglesa e norte-americana

§ 1º QUANTO Á INGLATERRA.....	457
A doutrina “ <i>King can do no wrong</i> ”	457
Competencia geral do judiciario sobre os actos administrativos	459
Opinião de Dareste a esse respeito.....	460

Irresponsabilidade dos juizes ou cortes judiciaes	461
§ 2º QUANTO AOS ESTADOS-UNIDOS	462
Competencia judiciaria sobre os actos da administração publica ...	462
O Estado não póde ser chamado a juizo sem o seu assentimento..	463
A “ <i>Court of claims</i> ” e a sua jurisdição	465
Resumo da doutrina dominante quanto a responsabilidade civil	468
Irresponsabilidade dos juizes e cortes	469
Quando se dá a responsabilidade do funcionario administrativo...	470
§ 3º OBSERVAÇÃO COMPLEMENTAR.	471
A doutrina da irresponsabilidade é menos juridica e menos garantidora dos direitos individuaes.....	472
A sua explicação é tirada do <i>selfgovernment</i>	473
Exemplo de um caso importante, no qual foi reconhecido o principio da responsabilidade civil do Estado.....	475

CAPITULO V

A jurisprudencia brasileira

§ 1º INDICAÇÕES PRELIMINARES.....	477
Privilegios reconhecidos ao Estado pelo direito positivo	477
O <i>Contencioso administrativo</i> durante o Imperio	480
Que ha na Republica a esse respeito.....	483
A irresponsabilidade do Estado nunca prevaleceu no Brazil	483

A responsabilidade dos funcionarios publicos	484
Disposições de leis particulares sobre a obrigação de satisfazer os damnos causados	485
Disposições do Projecto do Codigo Civil a respeito	490
§ 2º CASOS E DECISÕES.....	491
<i>Damnos provenientes das leis e actos do governo.....</i>	492
<i>Damnos provenientes de medidas policiaes.....</i>	495
I Medidas de segurança propriamente ditas	495
II Medidas de policia sanitaria.....	499
Demolição de predios	501
<i>Damnos provenientes dos actos de guerra.....</i>	502
<i>Damnos provenientes de relações contractuaes.....</i>	506
<i>Damnos provenientes de casos diversos.....</i>	513
Intelligencia do disposto no art. 82 da Constituição Federal	513
§ 3º INTERVENÇÃO JUDICIARIA	516
Principios geraes	516
Especies particulares.....	527
<i>Direitos dos funcionarios publicos</i>	527
Inconvenientes que podem resultar da intervenção judicial em dados casos	531
Modos de remediar taes inconvenientes	532

Que se entende <i>por direitos adquiridos</i>	534
O emprego publico não é um contracto propriamente dito	536
<i>Medidas de natureza policial</i>	539
Medidas tomadas em <i>estado de sitio</i>	541
<i>Actos concernentes ás rendas publicas</i>	543
<i>Concessões e privilegios</i>	547
Qualidade do governo, como parte nos contractos	549
Valor da <i>clausula resolutive</i> , quando expressa nos contractos	559
4º FORMAS DA INTERVENÇÃO JUDICIARIA	564
<i>Acções admittidas em direito</i>	564
<i>Interdictos possessorios</i>	566
Casos particulares de sua concessão.....	567
Manutenção de lentes da Escola Polytechnica.....	568
Leis recentes, que prohibem os interdictos possessorios	573
Cabe esse remedio em favor dos direitos pessoas?	576
Decisões contrarias dos Tribunaes a respeito	580
Qual o pensamento da lei n. 221	587
Explicação final do autor	591

NOTA ADDITIVA

A' jurisprudencia estrangeira

Breves considerações em geral.....	594
AUSTRIA	595
SUISSA.....	600
HESPAÑA	604
PORTUGAL	606
CONCLUSÃO	608

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

SECÇÃO PRELIMINAR

NOÇÕES DA PESSOA JURIDICA

§ 1º PESSOA PHYSICA E PESSOA JURIDICA

1. — Na presente “Secção Preliminar” não nos propomos fazer uma exposição da *doutrina da pessoa juridica*, completa em todas as suas partes, mas, tão somente, occupar-nos das questões concernentes, cujo exame e elucidação são necessarios ao objecto especial do presente estudo, que é — a responsabilidade civil do Estado na lesão dos direitos individuaes por actos dos seus representantes.

Na linguagem commum a palavra pessoa é synonymo de homem, a dizer, o individuo dotado de intelligencia e vontade. *Person nennt der rechtjuristische Sprachgebrauch das mit Selbstbewusstsein und Willensfähigkeit begabte Individuum.*¹ Na linguagem juridica, porém, pessoa, não é somente o homem; além d'elle, é assim considerado igualmente todo ente capaz de direitos e obrigações.² Dahi a divisão, que se faz, entre a pessoa physica ou natural (a creatura humana) e a pessoa juridica, tambem chamada moral ou civil. *Inde non raro duo personarum genera distinguunt, naturales nimirum personas, i. e. singulos homines, et morales seu civiles, i. e. quae personarum loco habentur.*³

¹ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, t.1, § 40, nota 6.

² Warnkönig, *Inst. juris romani privati*, § 121; Coelho da Rocha, *Inst. de dir. civ. port.* §§ 54 e 72 ; La Serna y Montalban, *Derecho Civil y Penal*, l.1, tit. I, § 1º; Ribas, *Direito Civil Brasileiro*, t. II, tit. IV, cap. 2º

³ Warnkönig, loc. cit.; Ortolan, *Explication Hist. des Instituts*, part. I, tit. I. Diz-se pessoa *moral* ou *abstracta* (creada pela razão) por opposição á pessoa *physica*; e pessoa civil, isto é, creada pela lei, por opposição á pessoa

2. — As expressões, *pessoa moral, civil ou juridica*, são de data relativamente moderna. Ainda que ao senso pratico dos jurisconsultos romanos não tivesse escapado que, ao lado dos individuos (*eorum causa omne jus constitutum*) existiam ou podiam existir outros entes diversos, como sujeitos de direitos e obrigações proprias,⁴ e se encontre mesmo nos textos do direito escripto a expressão *singularis persona*, empregada para designar o homem, por opposição á *populus, cúria, collegium, corpus*;⁵ não se pode, todavia, affirmar, que a palavra *pessoa* fosse já então, applicada a qualquer outro sujeito de direitos, que não o homem. Os textos conhecidos continham tão somente: " *Civitates enim privatorum loco habentur*;⁶ *Hoereditas personai vice fungitur, sicuti municipium, et decuria, et societas*;⁷ *Hoereditas personam defuncti sustinet*;⁸ etc, etc. E' como se dissessem: taes sujeitos de direitos, que não o homem, fazem apenas o *papel*, ou *occupam o lugar*, da pessoa physica, e nada mais. E realmente, assim se entendeu sempre na linguagem juridica, ainda durante longo espaço de tempo posterior.

O insigne Pothier empregara a expressão " *des êtres intellectuels*", para designar os entes, aos quaes se dá agora o qualificativo de pessoas juridicas, dizendo a esse respeito:

Les corps et communautés établis suivant les lois du royaume sont consideres dans l'Etat comme TENANT LIEU DE PERSONNES, VELUTI PERSONAM SUSTINENT; car ces corps peuvent, á l'instar des personnes, aliener, acquerir, posseder des biens, plaider, contacter, s'obliger, obliger les autres envers eux. Ces corps sont DES ÊTRES INTELLECTUELS, differents et distincts de toutes les

natural, (creação da natureza).

⁴ ... *Quod universitati debetur, singulis non debetur; quod debet universitas, singuli non debent*. Dig. I. III, tit. 4, 7, § 1º

⁵ Dig. I. IV, tit. 2, 9, § 1º

⁶ Dig. I. L. tit. 16, 16.

⁷ Dig. I. XLVI, tit. 1, 22.

⁸ Dig. I. XLI, tit. 1, 34.

personnes qui les composent: UNIVERSITAS DISTAT A SINGULIS.⁹

E o jurisconsulto inglez Blackstone chegara mesmo a estabelecer uma divisão legal das pessoas, em *pessoas naturales* e *pessoas artificiaes*: "PERSONS ARE DIVIDED BY THE LAW INTO NATURAL PERSONS OR ARTIFICIAL ".¹⁰ Mas, nem os dois autores citados, nem outros contemporâneos dos mesmos, foram além ; queremos dizer, não cogitaram ainda, na sua época, de fundar nenhuma theoria particular sobre os *entes intellectuales* ou *pessoas artificiaes*, á cuja existencia, aliás, se alludia frequentemente nos factos da ordem juridica.

3. — Conforme se vae ver, mesmo presentemente, subsiste grande disparidade de vistas nos autores acerca do qualificativo, mais acertado, que deve ter ess'outro *sujeito de direitos*, que apparece ao lado das pessoas physisas, i. e. qual o qualificativo, que se *ajuste ao definido* e a *elle somente*, como se requer em boa lógica. — Pessoa moral, é ainda a expressão mais usada, sobretudo, na litteratura juridica franceza, como contraposta á de *pessoa phisica*. Entretanto não satisfaz: a palavra moral não é ahi tomada no seu sentido mais claro ou *ordinario*, e nem tão pouco, exprime a idéa de ficção, quando, no pensamento dos que a empregam, o character principal ou essencial que se quer dar á pessoa moral, é simplesmente o de um ser imaginário ou ficticio. — *Pessoa colectiva*, é tambem expressão inexacta, visto como existem pessoas não - naturales, sem serem entes collectivos. — *Pessoa civil*, não serve igualmente: primeiro, porque as pessoas physisas ou naturales são juntamente consideradas, como pessoas civis; depois, e isto é o mais importante, porque com esta expressão se pretende indicar que se trata de pessoa, *creada exclusivamente* pela lei, o que não se pode admittir,

⁹ Pothier, Traité des personnes et des choses, tit. VII, n. 210.

¹⁰ Blackstone, Commentaries, 1.1, oap. I, n. 123.

por contrario á verdade. — *Pessoa ficticia*, não ainda; visto não se tratar de uma simples ficção, como se verá da discussão em seguida sobre este ponto. — *Pessoa juridica*, tal é, finalmente, a expressão de data mais recente, mas, já agora, geralmente consagrada pelos diversos autores, sobretudo, na litteratura juridica allemã. Por ella se quer significar, que se trata de um ente organizado ou formado em vista da lei e para os fins da ordem juridica somente; e, segundo o que ficou dito, esta ultima expressão é a que merece, sem duvida, ser preferida entre todas as outras.¹¹

3 a. — Dos differentes codigos civis das nações modernas, a partir do Codigo Napoleão, promulgados no correr do século passado, nenbum delles, antes do da Republica do Chile (publicado em 1855) consagrara ainda titulo ou capitulo especial, em que se tratasse das pessoas moraes ou juridicas, de uma maneira particular.¹²

Entretanto convém ajuntar, que essa omissão por parte dos legisladores nada obstara á que a verdade do facto se realizasse no desenvolvimento normal da vida do direito. Com effeito, emquanto os commentadores do proprio Codigo Napoleão na França, não obstante o silencio deste, adoptaram desde logo nos seus trabalhos a distincção das pessoas, — *em pessoas naturaes e pessoas ou entes moraes*;¹³ — os

¹¹ E' de ver a respeito : Windscheid, ob. cit., § 49; De Vareilles-Sommières, *Les Personnes Morales*, ns. 327 seg.; T. de Freitas, Esboço do Codigo Civil, Parte Geral, I.1, arts. 17 e 272 seg. e *notas* ibi.

¹² O codigo civil do Chile divide as pessoas em *naturaes* e *juridicas* (art. 545); e tratando em particular das segundas (art. 545 e seg.) declara, que estas são de duas especies — *corporações* e *fundações* de beneficência publica. Dito codigo, porém, commette o equivoco de excluir, no todo, da esphera do direito civil, segundo o disposto no seu art. 547, *o Estado, o fisco, o município, as instituições religiosas, os estabelecimentos custeados pelo erário publico, e as sociedades industriaes*,—pelo motivo de se regerem por leis e regulamentos especiaes. Isto nao procede: regidos pelas disposições do codigo civil ou por leis especiaes, taes institutos não podem deixar de, nas suas relações patrimoniaes, ficarem sujeitos aos principios geraes do direito commum ou civil, como sujeitos de direito.

¹³ Toullier, (*Le droit civil français*, Introd. I. I, n. 181 seg.): — “ sont des êtres moraux et abstraits”; Troplong, (*Du Contrat de Société*, t. I, n. 58 seg.): — “ personne fictive e morale “.— Cf. Massé et Vergé, *Le droit, civil français sur Zachariae* Introd. 2. I, § 40-42); —

autores de outros paizes, notadamente os romanistas allemães,¹⁴ conseguiram, do seu lado, firmar, como doutrina classica, a da divisão das pessoas,— em *naturaes* ou *physicas*, e *juridicas*;— divisão, que como já se disse, se pode considerar admittida pela maioria dos autores, e, bem assim, na linguagem legislativa dos diversos Estados.¹⁵

Pelo que interessa, mais directamente, ao direito civil patrio, é de notar que as *Ordenações do Reino* não qualificam de pessoas as entidades em questão; o termo mais geral, empregado para designal - as, é o de *universidades* (Ords. I. I, tit. 84, § 3º e I. III, tit. 78, pr. e § 1º).— Mello Freire, na sua obra, *Inst. jur. civilis lusitani*, só considera pessoa ao homem, dizendo expressamente: *Personarum seu hominum jus, quod idem apud nos significat* (1. II, § 2º).— Pereira e Souza, no seu *Diccion. Juridico*, tambem não julgou necessario escrever nelle os vocabulos — pessoa moral ou juridica, o que deixa suppôr o não conhecimento da existencia de semelhante ente, ao menos debaixo deste nome. No “*Repertorio das Ordenações e Leis*” do Reino de Portugal, dá-se a mesma omissão. Só nos Tratados mais modernos do século passado, taes por exemplo, as “*Inst. de dir. civ. port.*” de Coelho da Rocha,— o “*Direito Civil de Portugal*” de Borges Carneiro, — as “*Inst. de dir. civ. brasileiro*” de Trigo de Loureiro,— o “*Curso de dir. civ. brasileiro*” de Ribas,— a “*Consolidação das leis civis*” de Texeira de Freitas,— e trabalhos juridicos

Aubry et Bau, Couis de droit civil français, § 54: “ Une personne morale est un être de raison, capable de posseder un patrimoine, et de devenir le sujet des droits et des obligations relatifs aux biens ”; etc.

¹⁴ Mackeldey. (Man. de droit romain, §§ 121 e 147): “Tout ce qui, dans l'Etat, outre l'homme, est regardé comme pouvant acqoir des droits propres, est, une personne juridique, morale ou fictive”; Savigny, (Traité de droit romain, t. II, § 85 seg.): “On les appelle personnes juridiques, c'est-à-dire, personnes qui n'existent que pour des fins juridiques, et ces personnes nous apparaissent à côté de l'individu, comme sujets de droit”; — Cf. Pfeifer, “ Die Lehre von den juristischen Personen”, apud Windscheid, ob. cit. § 57.

¹⁵ Vide: Cod. Civil do Chile, art. 545; - Cod. Civil Argentino, art. 82 seg.; — Cod. Civil da Hespanha, art. 35; — Cod. Civil do Uruguay, art. 21; etc, etc.

posteriores, é, que se encontra a divisão, ora clássica, das pessoas, entre pessoa *physica* ou natural, e pessoa moral ou *juridica*.¹⁶

3 b. — No entanto, embora já consagrada na escola, nas leis, e na pratica, a presença da pessoa jurídica, — o certo é, que, no terreno dos principios, continua ainda insistente discussão sobre os pontos fundamentaes da sua doutrina, isto é, sobre a sua existencia e o seu caracter essencial, ou dizendo em termos mais precisos: — como é que se *realisa* a existencia da pessoa jurídica; — em que é, que ella consiste effectivamente, ou de maneira, que possa ser considerada pessoa distincta do ser humano, no uso e gozo dos direitos que, aliás, lhe são directamente attribuidos sem a menor contestação...¹⁷

Ainda em recente trabalho escrevera, a esse respeito, autor da maior competencia:

Ma niuno pensi che ladottrina delle persone giuridiche, quale si trova esposta anche nelle opere migliori, soddisfi per ora a tutte queste isigeme. Non ve n'ha una, in cui la dottrina delle persone giuridiche si trovi svolta nella sua integrita e

¹⁶ T. de Freitas, na *Consolidação* supradita, havia adoptado, primeiro, a divisão de *pessoas singulares* ou collectivas; depois (em *nota* ao art. 40 da 3ª edição) substituirá o segundo vocábulo pelo de — universaes, reprovando, por essa occasiao, a classificação adoptada pelo professor Ribas,— de pessoas *naturaes* e pessoas *juridicas*. Entretanto, o mesmo T. de Freitas, no seu "*Esboço do Codigo Civil*",— começando por declarar inexacta a sua anterior divisão, estabeleceu: que "*as pessoas ou são de existência visível ou de existência tão somente ideal*", unica classificação verdadeira, accres-centára elle, (*Esboço*, cit, art. 17); o que, alias, não impedira que o mesmo, mais uma vez emendasse a mão, para dizer no seu "*Vocabulário Juridico*" : — " As pessoas, ou são naturaes ou juridicas".— (Appendice n, arts. 2o e 258). Com esta ultima divisão conferem:—F. dos Santos, Proj. de Cod. Civ. Brasileiro e Commentario, arts. 74 e 154; Coelho Rodrigues, Proj. de Cod. Civ. Brasileiro, art.18; Bevilacqua, Proj. de Cod. Civ. art. 13 e seg.

¹⁷ A palavra — pessoa vem do vocábulo latino "*persona*" mascara, que indicava a figura ou personagem, que o individuo representava no palco; tinha, como se vê, significação inteiramente analoga áquella, que ora damos á palavra —*papel*, quando dizemos semelhantemente: — o actor representa ou faz o *papel de rei, de juiz, de soldado*, etc., segundo o entrecho da respectiva peça theatral. Como ampliação talvez do seu sentido originario, fôra a mesma palavra igualmente empregada para designar uma qualidade, ou estado accidental, dos individuos, tal por exemplo: — *personam induere* = tomar a figura de...; — *personam alienam ferre* = representar a pessoa ou fazer o papel de outrem, etc, etc. Foi certamente nesta significação, que Cícero dissera: " Tres personas unus sustineo... meam, adversarii, judieis" (*De Oratore*).

con la dovuta accompagnatura o necessaria armonia della theoria com la pratica.¹⁸

— E justamente nisto, que vimos de dizer, tem tambem o leitor a razão porque, antes de entrar no objecto especial do presente estudo, sentimo-nos na necessidade de perlustrar, ainda que a passos largos somente, o campo das principaes theorias, que ainda agora se disputam a posse da verdade, acerca de tão importante assumpto.

Não se ignora que o Estado, de cuja responsabilidade civil nos vamos occupar, é, antes de tudo, uma pessoa juridica; e que, consequentemente, as conclusões a tirar sobre a alludida responsabilidade dependem em muito, senão essencialmente, do juizo ou intelligencia, que se tenha, sobre a natureza e capacidade desse *sujeito particular* de obrigações e direitos.

§ 2º A PESSOA JURIDICA É UMA FICÇÃO?

4. — A theoria que, antes de qualquer outra, se apresentara, bem *definida e ensinada*, para explicar as relações e factos concernentes aos demais sujeitos de direitos, que, alem das pessoas physicas, concorrem, activa e passivamente, na ordem juridica, foi, sabidamente, a da *personalidade ficticia*.

Como se vio, os textos romanos diziam apenas —“*vicem personce sustinent...*” Era como, si os mesmos declarassem: taes sujeitos

¹⁸ Giorgio Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, t. I, n. 4. — Firenze. 1899, 2.^a edizione. O autor citado, tendo definido a pessoa juridica “ *que unità giuridica, la quale risulta da una collectività umana ordinata stabilmente a uno o più scopi di privata o di pubblica utilità: in quanto é distinta dai singoli individui che la compongono, e dotata della capacità di possedere e di esercitare ADVEBSUS OMNES i diritti patrimoniali, compatibilmente alla sua natura, col sussidio e d’incremento dei diritto pubblico* ”, e additando logo em seguida, que ninguem até agora havia dado uma definição exacta da pessoa juridica;—dera, como razão de semelhante falta, a *giovenezza della dottrina*, que não havia ainda chegado á sua madureza,—não se encontrando, mesmo, phrase alguma, que exprimisse genericamente o conceito da personalidade juridica, antes do século 18º (ob. cit., ns. 13,24 e 24 *bis*).

não são realmente pessoas (porque segundo o direito romano, pessoa, só era o homem livre, para excluir o proprio escravo, considerado como coisa); mas, por motivo ou razões de publica utilidade, são elles admittidos a fazer as vezes destas.

Ora, não é difficil perceber que, dahi para chegar á idéa, aliás, negativa da *ficção*,¹⁹ não faltava, senão completar o pensamento e adoptar o vocabulo, que a devesse exprimir: foi o que fizeram os cultores do direito.

A expressão empregada de — *pessoa ficticia*, si não vem do *direito canonico* e dos glosadores da idade média, como se tem pretendido, ella já apparece, todavia, em documentos de datas assas remotas: *Fictae personas dicuntur universitates, civitates, pagi, collegia, corpora, quae personas vice funguntur*, dizia Lauterbach;²⁰ depois d'elle, diversos outros escriptores, nomeadamente, Mühlenbruch, se serviram de vocabulos identicos ao occupar-se do assumpto.— "*Fictas personas eas appellamusquae, cum in oculos non incurrant, tamen mente et cogitatione informantur, tamquam personae...*"²¹. Coube, porém, á mentalidade creadora de Savigny, não só, estabelecer a theoria da pessoa ficticia, mas tambem ainda, apresentando - a sob a apparencia de valor scientifico, conseguir que a mesma se tornasse a doutrina da escola, tanto na Allemanha, como nos outros paizes da Europa e da America.²²

Não será mister entrar em longos arrazoados para expor os fundamentos desta theoria.

¹⁹ Giorgi, ob. cit., n. 18 e seg.

²⁰ Lauterbaeh, Collegium' theoreticum-practicum ad libros Pandectarum, — " De Legatis ", § 7. Tub. 1690-1711.

²¹ Mühlenbrueh, *Doctrina Pandect.* § 196.— Hal. 1823-1825.

²² Nao é preciso apoiar a proposição supra em documentos. No Brazil, a doutrina da *ficção* fora sempre a ensinada nas nossas Escolas Juridicas. — Vide: Ribas, *C. de dir. civ. bras.*, t. II, p. 6 e 108, seg.

— Admittindo, que só o homem é pessoa real, não se pode explicar, senão por simples ficção, ess'outra personalidade *sui generis*, que a lei attribue a outros seres diferentes. O legislador suppõe, apenas, em vista do interesse geral, a existencia de uma pessoa ficticia; — mas a trata, como si fosse uma pessoa real.

Aqui temos em breves palavras,— o que é, ou antes, em que consiste a doutrina da pessoa moral ou juridica, definida por Savigny: “*um sujeito de direitos, creado artificialmente*”.²³

4 a. — A pessoa juridica, ensina Windscheid, não é um ente real, mas apenas representada e tratada, como tal, por ser sujeito de obrigações e direitos — “*Eine juristische Person ist eine nicht wirklich existirende, nur vorgestellte Person, welche als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten behandelt wird*”.²⁴

Por sua vez, F. Laurent, accentúa:

“ Ce qui caractérise les personnes dites civiles, c’est q’elles sont des FICTIONS CRÉES PAR LA LOI, et que le législateur a seul le droit de créer. Il n’y a pas de fiction sans loi; à plus forte raison, pas d’être fictif, la plus impossible des fictions... La fiction sur laquelle reposent les personnes civiles consiste en ce que le législateur donne des droits à certains corps ou établissements, dans un intérêt social. Ces droits se confondent avec la charge que leur est imposée, et en dehors de laquelle ils n’existent pas. Donc les personnes dites CIVILES ne peuvent réclamer d’autres droits que ceux que la loi leur accorde. LES HOMMES SEULS ONT DES DROITS ”.²⁵

²³ Savigny, Traité de droit rom., § 85; — Cf. Mackeldey, Man. de droit romain, §§ 121 e 147 ; — Maynz, Cours de droit rom., §§ 96 e 107 ; — Michoud, La notion de personnalité morale, p. 4 e seg.

²⁴ Windscheid, *Handbuch des Pandektenrechts*, § 57.

²⁵ P. Laurent, Cours Elem. de droit civil, JÍ. 54.—Aubry et Rau, Cours de droit civil français: “ Les personnes sont ou physiques ou morales, suivant que leur individualité est l’œuvre de la nature ou ne repose que sur une abstraction juridique ” (§ 52 in fine). E mais adiante: “ Une personne morale est un être de raison capable de posséder un patrimoine, et de devenir le sujet des droits et des obligations relatifs aux biens. L’Etat constitue, de plein droit, une personne morale. Aucune autre personne morale ne peut se

Não é preciso ajuntar mais citações nem invocar outros autores, para ter-se um juízo claro acerca da *theoria da ficção* (*Fictionstheorie*), também dita, *theoria da personificação* (*Personificationstheorie*). Segundo a mesma, a pessoa jurídica não tem, realmente, existência; é a lei que cria uma *ficção* debaixo deste nome, para facilitar a execução de certos actos e factos da ordem jurídica, e nada mais. E no entanto, a esse ente de *pura ficção*, a essa pessoa, que nada é, se reconhecem na vida social, excepção apenas feita dos direitos de família, todos os demais, como si fora a pessoa natural, a dizer, o homem! ²⁶

5. — Ora, é cousa evidente por si mesma, que o que não existe, é *ipso facto* incapaz de ter direitos próprios, obrigações próprias, exclusivas, ou de ser sujeito de qualquer outra relação apreciável pela inteligência humana. Procede, portanto, nesta parte a argumentação *synthetica*, formulada por De Vareilles - Sommières, quando, referindo-se à questão, disse peremptoriamente: “E’ de ver, que semelhante juízo é contradictório em seus termos. Pessoa *ficticia* não é uma pessoa; uma vez que é *ficticia*; o que é fictício, é nada. O juízo se reduz a isto: a pessoa, que não é, é. A razão declara, que si a pessoa moral é uma pessoa fictícia, não pôde a mesma ser classificada entre as pessoas” .²⁷

E’ certo que, diante de conclusões, tão dissatisfactorias aos olhos do simples bom senso, os partidários da *Fictionstheorie* replicam logo indignados: Que, segundo a sua doutrina, não se diz, que a pessoa jurídica seja *um nada imaginário* (EIN EINGEBILDETES NICHTS); pelo contrario, ella reconhece que a corporação, assim como a fundação, é alguma cousa efectivamente real;— Que, de certo, não é uma pessoa; mas é uma *personalidade figurada*.— “ *Jede Corporation und jede Stiftung*

former ou s’établir au sein de l’Etat, sans la reconnaissance formelle ou tacite de la puissance publique ” (§54).

²⁶ Vide : Van-Wetter, *Cours Elem. de droit rom.* t.I, § 54, V.

²⁷ De Vareilles-Sommières, *Les Personnes Morales*, n. 15, e *passim*.

*ist etwas sehr Wirkliches, aber keine Person. Fingirt wird nur die Personenqualität “.*²⁸

Compreende-se bem a precaução de taes reservas era vista do absurdo, á que, sem ellas, ficaria desde logo reduzida a chamada *Fictionstheorie*... A explicação, porém, não satisfaz; servindo, apenas, para tornar patente, que se gastam esforços baldados em favor de uma doutrina, que, nem siquer, pode ser entendida na accepção logica dos proprios termos, por ella empregados, porque estes levariam, desde logo, á simples contradicção e ao absurdo!

Si a ficção, á que se soccorrem, nada *constroe* ou *explica*, melhor fora abandonal-a no todo. Com effeito, reconhecer que as pessoas juridicas de direito publico, taes como o Estado e o Município, assim como as de direito privado, taes como a associação e a fundação, legitimamente constituídas, são sujeitos de direitos e obrigações *per se*, distinctas das pessoas naturaes que nellas concorrem ou são interessadas; podendo as primeiras levantar e sustentar os seus direitos proprios, mesmo em opposição aos das segundas; e ao mesmo tempo, declarar, que ditas pessoas juridicas não passam de ficção da lei, sem a menor realidade possivel, — é fazer simplesmente duas affirmações inúteis, que não precisam ser refutadas, porque ellas se repellem e se destroem por si mesmas.

Por consequencia, é forçoso escolher entre os dous termos: ou a *realidade*, ou a *ficção*, da pessoa juridica.

E como a ultima destas theorias é a que tem subsistido, como doutrina, mais geral ou predominante, é nosso dever insistir ainda, por um pouco, na demonstração da sua sem-razão ou falsidade.²⁹

²⁸ Windscheid, ob. cit., § 49, nota 8.— Cf. Glorgl, ob. cit., n. 15, p. 25-26.

6. — A primeira objecção, que se lhe tem feito, e, sem duvida, de força bastante para derrocar todo o seu prestigio, é: que ella é impotente ou inhtil para resolver o problema posto.³⁰ Este consiste em saber, como definir ou qualificar devidamente a pertença positiva de bens que, não cabendo aos individuos, tem, todavia, uma tal razão de ser, que jamais deixou de ser admittida em todas as épocas da historia. “Dizer que esses bens pertencem á uma pessoa ficticia, é o mesmo que dizer, embora em termos disfarçados, que elles não pertencem a ninguém. Si não se comprehende a existencia de. um direito, sem haver um sujeito que d'elle seja o titular; certo, não se explica esta existencia, attribuindo-se o direito a um sujeito ficticio; pelo contrario, se confessa, por isto mesmo, que o direito não tem sujeito real... A ficção póde servir em direito para simplificar ou facilitar a explicação de certas theorias juridicas; mas, por si mesma, nada resolve; consequentemente, onde se dá a falta de uma condição essencial, ella é impotente para suppril- a”.^{30.a}

7. — A segunda objecção é tão fundamental, como a primeira. Não é exacto, que a pessoa juridica, (dita *pessoa ficticia*) seja criação da lei. As leis, si não são as *relações necessarias*, que derivam da natureza das cousas, como ensina Montesquieu,³¹ ninguém desconhece, que ellas tem por objecto, *regular* os factos e relações da vida social, em vista do interesse commum, ou para os fins do bem publico e privado. Não está, porém, no poder da lei ou do legislador *crear* ente algum, e muito menos, uma *ficção*, porque seria praticar um acto vão ou inútil. Legislar é ordenar, é permittir, é prohibir, é dispor ou regular, mas não é, de forma alguma, *crear*, á vontade, novos sujeitos de direitos para a vida social. A

²⁹ Ainda que combatida, do certo tempo á esta parte, a theoria da ficção conta, não obstante, os mais distinctos nomes entre os seus partidarios; e é por isto, que o seu predominio continua, como aliás reconhecem os proprios adversários della. — Giorgi, ob. cit., t. I, p. 24.

³⁰ Miohoud, loc. cit., p. 6.— Este autor segue, de preferencia, as idéas de Zitelmann (*Begriff und Wesen der sog. jur. Personen*) sobre a questão.

^{30.a} . Ibidem.

³¹ L' Esprit des lois, l. I, cap. I.

expressão *crear*, empregada nos actos legislativos, é inteiramente metaphorica: as cousas ou relações preexistem ao acto; o que este faz, é dar-lhe s um destino especial ou regulal-o de um modo, que, na ocasião parece conveniente ou necessario aos olhos do legislador...

Diz-se pessoa juridica, não por ser uma ficção creada pela lei, mas porque existe para os fins juridicos, que motivaram a sua instituição ou existencia. Não ha duvida, que a lei póde e deve intervir para conhecer das qualidades necessarias á existencia ou a certas funcções da pessoa juridica. E porque assim não fazel-o, si a lei intervem do mesmo modo com relação á pessoa physica ou natural, dictando as condições, em que ella pode agir na ordem juridica, e *representar* nella pessoas diversas³² (*plures personas sustinet*)?

Ora, supponha-se a associação. Esta póde ser instituída ou formada, usando os individuos da sua faculdade natural de fazer convenções ou contractos.

Supponha-se do mesmo modo a fundação. Que impede que um ou mais individuos, usando igualmente do seu direito incontractavel

³² Mackeldey, ob. cit., § 122; Maynz, ob. cit., § 96. Diz este autor: Le même mot (*persona*) sert également à designer la capacite d'avoir des droits en general ou d'avoir et d'exercer tel droit déterminé. Cest dans ce dernier sens qu'on dit qu'un homme peut SUSTIKERE PLURES PERSONAS. Ainsi, dans le fonctionnaire de l'Etat on peut distinguer la qualité de personne publique et celle du particulier; un tuteur peut agir, soit pour luimême, soit pour son pupille, etc, etc. — E' o mesmo pensamento de Toullier (*Le Droit Civil Français*, Introd. I.I, n. 181 seg), considerando a pessoa, por assim dizer, como synonymo de status, e portanto, podendo existir diversas no individuo singular, assim como, varios individuos podem constituir uma só pessoa: " *Le même individu peut représenter plusieurs personnes: il peut être magistrat, père, mari, et exercer tous les droits attachés a ces trois personnes dam Vordre publique et dans l'ordre privé. Au contraire plusieurs personnes peuvent ne constituer qu' une seule personne; tels sont les corps politiques appelés en droit UNIVERSITATES, COLLEGIA, etc. Choque commune, par exemple, forme un corps politique qui n' est considéré que comme une seule personne* " (loc. cit., n. 128).

de dispor de seus bens, pela doação ou por outro meio, dêem a estes um fim determinado de beneficencia ou utilidade publica ?³³

O que a lei ou o legislador faz, e com a competencia que lhe é propria, é — declarar os requisitos da *existencia legal* das pessoas juridicas em geral, ou de certa classe destas pessoas em particular;— isto succede, principalmente, com as sociedades anonymas e com as fundações, já em vista da importância de taes pessoas e dos fins, que se propõem, já em vista das garantias de direito que cumpre assegurar aos terceiros, que se achem em relações juridicas com esses institutos. Essa intervenção do legislador não é a de creador, mas a de *regulador* ou *legislador*, em atenção ao interesse geral da sociedade. E não se pense que, mesmo no desempenho desta attribuição, caiba ao legislador um poder arbitrario. Em boa razão elle não deve, nem pode, negar o seu reconhecimento de legalidade, senão, ao que for illicito ou incapaz de satisfazer aos seus fins, de accordo com o interesse geral ou da ordem juridica. Tratando-se , por exemplo, da associação, diz Michoud, a lei seria infiel á sua missão, si recusasse, arbitrariamente, ou por falta de sympatuaia para com o objecto, aliás licito, que se propõem os associados, — a considerar a aggreiação, como sujeito de direitos, desde que, no

³³ Deixamos de referir-nos neste particular ás pessoas juridicas de direito publico, notadamente ao Estado, porque a discussão sobre a criação ou formação especial das mesmas nos levaria muito longe; apenas observaremos, que não é a lei, que crea o Estado, de maneira alguma. A lei é uma consequencia da existencia do Estado. Seja elle uma *associação* NECESSARIA, ou não, a lei a- suppõe preexistente, e não faz, senão, regulamentada ou limital-a. Facto identico se nota com as outras aggreiações que tem personalidade propria, algumas das quaes são historicamente anteriores ao Estado, e a raorparte tem uma formação analoga. Constituidas pela força das cousas, ou pela vontade de seus membros, a lei não intervem ahi, senão, para regular, em dados casos, as relações juridicas, que lhes deram nascimento, e depois, as relações juridicas da aggreiação já constituida. Ella as encara, como as demais relações humanas, e se limita a dar-lhes a formula legal, que parece mais apropriada á sua destinação. — Vide: Michourd, loc. cit., p. 11 e seg.

pensamento dos seus membros, tivesse ella um patrimonio proprio e interesses distinctos dos interesses individuaes.³⁴

A lei pode prohibir, já se disse, o que fôr illicito; pode ainda, muito embora como medida de excepção, vedar a formação de tal ou tal instituto, o desenvolvimento ou a execução de actos e factos, dos quaes se receie um mal de character geral ou um perigo para a ordem publica; mas, passar alem, seria deixar de ser a lei, para tornar-se a violencia e o arbítrio.³⁵ Em uma palavra, qualquer que seja a intervenção que ao legislador deva em boa razão competir, não se pode, por isso, admittir a proposição, — de que a pessoa juridica seja uma *simples criação* da lei; porque isto levaria á consequencias manifestamente tyranicas.

Desde que não se trata de um direito a exercer, mas de um favor ou graça, do poder publico, nada impede que este o faça, recuse, ou annulle-o, depois de feito, ao seu livre arbitrio.³⁶ Não ; esta não pode ser a verdade do facto. O poder publico desempenha, no caso, um papel analogo ao que lhe compete, como regulador do exercicio e gozo dos direitos das pessoas phycas, taes como, do *menor*, do *interdicto*, do *conjuge*, do *pae*, do *patrão*, do *proprietario* ou *possuidor*, etc, etc, ou em outras palavras: — o que a lei faz, relativamente à pessoa juridica, assim como relativamente á pessoa phycica (o homem) é, constatada a existencia de certas relações,— declarar quaes as condições ou normas exigiveis, pelas quaes, determinado sujeito possa agir ou gosar de taes e taes direitos na ordem social. Mesmo no que respeita aos estabelecimentos de character publico, revestidos de personalidade juridica,— esta lhe resulta, antes de tudo, da organização particular que

³⁴ Michoud, loc. cit., p. 13-16.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Com toda a razão diz Vareilles-Sommières : O principe, que pode, por seu capricho, crear, ou não, a pessoa ficticia real, pode do mesmo modo mantel-a ou supprimil-a; e supprimindo-a, pode apoderar-se dos seus bens, e, conseguintemente, extinguir a pessoa.— “*Les Personnes Morales*” n, 107 sg. O autor citado se referira especialmente, neste trecho, á pessoa juridica da fundação.

recebem, e não da *criação* da lei. São, por assim dizer, *porções* da própria organização publica geral, já existente, do Estado, que agora se *destacam do todo*, e se *especializam* ou se *constituem* em corpos distintos, com um património proprio e interesses separados; e dahi o fundamento real da nova personalidade juridica.

Pelo facto de o poder publico intervir, declarando que tal instituto se acha dotado de personalidade juridica, e tal outro, não,— não se pode, sem mais exame, inferir que o dito poder é que crea essa personalidade. O que se dá realmente, é o reconhecimento legal da pessoa juridica, em vista de concorrerem nella os requisitos da lei.

Fallando desta sorte, não se pretende negar que os estabelecimentos publicos e instituições analogas não devam, em regra, a sua formação, ou *criação*, si o quizerem, á deliberação do poder publico. Attenda-se , porém, que, poder publico aqui é synonymo de *Estado*, e este é, antes de tudo, a *pessoa juridica* "por excellencia";³⁷ e, nesta qualidade, principalmente, não seria licito negar-lhe o direito de fundar, por si só, institutos dotados de personalidade juridica, ou de concorrer, para a formação dos mesmos, em união com as pessoas puyicas ou com outras pessoas juridicas já existentes.³⁸

³⁷ Bluntschli, Le droit international codifié, I. II, n. 17, 1.

³⁸ Michoud, loc. cit., p. 16. — Comprehende-se bem, que não ha da nossa parte o intuito de examinar, *como e até onde*, se deva dar a intervenção da lei ou do poder publico, como elemento *extrinseco* ou *formal* da pessoa juridica. Esta intervenção, não se ignora, se dá hoje geralmente, e, segundo a legislação dos differentes povos, por modos diversos. Ella já apparecia no direito romano, como condição, para que a *universitas* ou *corpus* tivesse existencia legal, ao tempo do Imperio (...paucis admodum in casis concessa sunt hujusmodi corpora... Dig. I. III, tit. 4); e nos tempos modernos, escriptores dos mais distinctos a recommendara, como necessaria; assim succede realmente na pratica dos Estados da mais adiantada cultura juridica, taes como, a França, a Bélgica, a Itália, a Allemanha, etc., etc.

Domat ensinava: *Il n'y a que le souverain qui puisse donner ces permissions et approuver les corps et communautés* (Droit Public, 1.1, tit. 2, sect. 2);

Laurent o affirma igualmente no trecho, de que já se fez menção, (n. 4 a) e, em outra parte, repete emphaticamente : "*Le legislateur seul peut créer les personnes civiles... A la voiac du législateur un être sort du néant, et figure sur un certain pied d'égalité á cote des êtres réels créés par Dieu* " (Principes, I, 288).

8. — Existe, finalmente, mais uma consideração importante, que não devemos omitir, em desabono da theoria da ficção.

Já se sabe que, segundo essa theoria, a pessoa jurídica carece de realidade na ordem social; mas, isto não obstante, se lhe attribue a *propriedade exclusiva* de cousas ou bens e direitos, e bem assim, a *responsabilidade*, não só, resultante de obrigações convencionaes, como ainda, a proveniente de actos illicitos.

Mas, como é, que um *ente ficticio* pode exercer, effectivamente, os direitos da posse e dominio, digamos, de bens immoveis, — contrapondo-os, as vezes, aos proprios individuos, que são coparticipantes ou componentes d'elle, ou a terceiros? Como obrigar uma *entidade meramente supposta* a responder por obrigações, já não dizemos, — as contractuaes, mas as resultantes dos actos illicitos, que ella seria incapaz de praticar?

Dirão: pelo meio, aliás, facil e conhecido, da *representação*, consagrada nas leis em beneficio das pessoas incapazes em geral.

Sim; não se ignora o meio indicado. Mas a *representação* suppõe necessariamente uma pessoa representada; e não seria preciso accrescentar, que representar uma *ficção*, é agir em nome do nada, ao

De maneira identica tambem se exprimem: — Frère-Orban (*La main-morte et la charité*, part. I, IV);—Vauthier (*Etude sur les personnes morales dam le droit romain et dam le droit français*, p. 286);— Massé et Vergé sur Zacharise (*Le droit civil français*, §§ 40 e 260); — Planiol (*Traité Elem. de droit civil*, n. 1994 seg.), e muitos outros.

A despeito, porém, de tamanhas autoridades, persistimos em não admittir, como correcta e verdadeira, a opinião, — de que é a lei ou o poder publico, que crea a pessoa jurídica. Pelo menos, seria forçoso abrir uma excepção para a pessoa jurídica — Estado; porquanto, sabidamente, o Estado não é uma criação da lei, como já se observou em outro lugar (*nota 33*).

qual, é impossível, senão, manifesto contrasenso,— reconhecer direitos e obrigações...³⁹

Diante desta incongruência, para não dizer, absurdo patente, da *theoria da ficção*, fora impossível não cogitar de outras que oferecessem solução mais aceitável do problema. Dahi, as duas novas concepções, de que em seguida nos vamos ocupar, e que, no entender de alguns autores,⁴⁰ tiram, aliás, origem, ao menos ocasional, da própria *theoria da ficção*. Por uma se pretende, que não ha outros sujeitos de direito, além das pessoas físicas, a dizer, o homem;— por outra, dispensada a intervenção dessa pessoa fictícia, por inútil, se pretende, que as próprias cousas, em dadas condições, podem ser verdadeiros sujeitos de direitos e obrigações.⁴¹

§ 3º A PESSOA JURÍDICA NÃO TEM RAZÃO DE SER?

9. — PRIMEIRA THEORIA: As chamadas pessoas jurídicas, nem existem, nem ha razão para a sua existência; são apenas aspectos ou modalidades apparentes das pessoas físicas (*quorum gratiâ jus constitutum est*).

³⁹ T. de Freitas, combatendo a expressão de *pessoas fictícias*, disse : " por que é falso que haja ficção alguma, e nem em outro qualquer caso o direito carece de ficções... O mesmo Savigny, e quasi todos os escriptores reputam essas pessoas como *fictícias*; mas esta qualificação devo ser rejeitada, e de que admira que a sciencia já não esteja expurgada. Ha nisto uma preocupação; para alguns, porque supõem que não ha realidade, senão na *materia*, ou só naquillo que se mostra accessível á acção dos sentidos; para outros, por causa das *ficções* do direito romano, com as quaes o *pretor* ia reformando o direito existente e attendendo as necessidades novas, simulando, porém, que o não alterava. O *Estado* é a primeira das pessoas de existência ideal, é a pessoa fundamental do direito publico, á sombra da qual existem todas as outras; e quem ousará dizer que o Estado é uma ficção? ".— *Esboço do cod. civil, notas aos artigos 17 e 273*. —Rio, 1865.

⁴⁰ Michoud, loc. cit., p. 6 seg.; De Vareilles-Sommières. loc. cit., n. 137 seg.

⁴¹ No empenho de explicar a doutrina da ficção tem alguns autores recorrido a modos, mais ou menos engenhosos, — formando, consequentemente, especies theoricas, hoje conhecidas debaixo de denominações diversas, taes como:— "*Personenrolle*" (Böhlau, *Rechtssubject und Personenrolle*, — Weimar 1871; Randa, *Der Besitz mit Einschluß der Besitzklagen*, 1879);— "*Personifikation des Zweckes*" (Windscheid, *Pandekten*. § 49 e 57; Baron, *Pandekten*, § 29-30). Examinando-se, porém, de perto, verificase que estas e outras theorias analogas são, no fundo, tuna só cousa, muito embora sob nomes differentes.— Vide: Giorgi, *ob. cit.*, n. 16.

Ouçamos a respeito, antes de qualquer outro, a um escriptor, *quasi-patrio*, o autor do Projecto do Codigo Civil Portuguez:

O direito, diz elle, é uma relação ideal, que tem por principio e fim, e por agente, *unicamente* o homem. As cousas em si podem ser objecto de direitos, mas não sujeitos de direitos. No desenvolvimento de sua vida juridica, o homem apresenta-se debaixo de differentes aspectos : primeiramente como individuo isolado, em segundo lugar como individuo unido com outros, ou associado; em terceiro lugar como individuo, perpetuando o imperio da sua vontade no tempo e no espaço a favor da garantia da lei, representativamente na pessoa doutros individuos. Mas sempre e em todo o caso é o homem, e só *elle*, que na realidade apparece como sujeito de direitos. Percorramos agora cada uma das chamadas pessoas moraes... *O Estado*: Que é, senão a reunião de individuos, a sociedade representada nos seus agentes ? *As corporações e associações*: Que são, senão os mesmos individuos, unidos por certo interesse? *Os estabelecimentos de caridade e instrucção* ? Que ha ahi que possa dizerse sujeito de direitos, senão os mesmos interessados na fundação, representados pelos gerentes dos mesmos estabelecimentos?... ⁴² E proseguindo no desenvolvimento destes conceitos, o citado autor não duvidou affirmar, que no hospital, por exemplo, os sujeitos dos direitos são os doentes, — "*unicos a quem os bens verdadeiramente pertencem, mediante a administração e applicação estabelecidas*". ⁴³

10. — Em accordo com estas idéas, sustentadas por Seabra, ha perto de cincoenta annos, se mostram tambem agora, entre outros,

⁴² Seabra, *Novissima Apostilla*, p. 128-131. — Coimbra, 1859.

⁴³ Ob. cit.,p. 130.

dous escriptores, dos mais distinctos da actualidade, Van den Heuvel,⁴⁴ e De *Vareilles-Sommières*.⁴⁵

O primeiro, partindo da convicção, de que todas as pessoas juridicas se podem reduzir á *sociedades* ou *associações*, procura demonstrador faz a seu modo, — que a pessoa de taes seres não passa de simples apparencia ou de um simples artificio, inventado pelos juristas; podendo, no entanto, ser a cousa explicada, diversamente, pelas regras especiaes do contracto da respectiva associação.⁴⁶

Antes de tudo, um defeito se manifesta na theoria de Van den Heuvel, e é: que a mesma é incompleta, não podendo ser applicavel á todas as pessoas juridicas. Ella se applica facilmente, diz Michoud, ás que tem por base uma associação, pura e simples ; mas já não seria possivel acceital - a para as associações politicas, taes como, a Commuua e o Estado.⁴⁷ O autor, (continua Michoud) levanta-se, com toda a razão, contra a idéa de considerar o Estado, uma ficção. Mas, que dizer de uma theoria, que o considera, como um contracto gigantesco, no qual os particulares collocaram certos bens em commum,— ficando estes sujeitos a um regimen especial, que os subtrahе á acção de seus credores? E' apoucar singularmente a questão do patrimonio do Estado, e esquecer inteiramente as condições de facto, nas quaes elle se apresenta aos nossos olhos. Emfim, admittido, que no caso ainda se podesse conceber uma sorte de sociedade,— como, porém, applicar a theoria ás pessoas juridicas, que não tem por base nenhuma associação visivel, taes como, os estabelecimentos publicos e as fundações de beneficência ?⁴⁸

⁴⁴ "De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique". — Bruxelles, 1884.

⁴⁵ "*Les Personnes Morales*". — Pariz, 1902.

⁴⁶ Van den Heuvel, ob. cit., p. 35-38.

⁴⁷ Michoud, *La Notion de personnalité morale*, p. 23-25.

⁴⁸ Michoud, loc. cit., p. 26.

10 a. — Partidario, muito mais decidido, da theoria da não-existencia da pessoa juridica na ordem social, é De Vareilles-Sommières, o qual se propôz mesmo a tarefa particular de demonstrar, por todos os argumentos, que *“a divisão de pessoas phisicas e pessoasmoraes é totalmente viciosa”*; porque se reduz, queiram ou não queiram, saiba-se ou não se saiba. — a oppôr ás pessoas phisicas outras tantas pessoas phisicas, embora encaradas em uma situação particular e designadas por uma imagem.⁴⁹

— Não nos é permittido dar aqui um resumo completo das idéas e argumentos diversos, com que o autor sustenta a sua these; limitaino - nos a transcrever as suas deducções conclusivas principaes contra a *realidade* ou *supposta existencia* da pessoa juridica. Eis, como o mesmo se exprime na materia:

“ Mais il est possible de faire d’un coup table rase de toutes ces constructions et de couper court á toute nouvelle tentative de même genre, en faisant evanouir Vidée, Villusion qui est leur commun et fragile fondement. Cette idée, cette illusion, c’est que Vassociation est quelque chose d’autre et de plus que les associes. Toutes les théories sur la personnalité morale naturelle prennent lá, forcément, leur raison d’être ou plutôt leur pretexte. De même qu’un tableau, dit Bluntschli, n’est pas la simple somme des gouttes de peinture et d’huile qui ont servi á le composer, de même Vassociation n’est pas la simple somme des individus qui Vont constituée (Theorie générale de l’Etat, I. I, ch. I, 5). Il y a, dit M. Terrat dans l’association quelque chose de plus que les associés, il y a un principe d’unité et d’organisation, par lequel les memores de l’association, disseminés dans Vespace et dans le temps, sont néanmoins unis et groupés de façon á former un tout. Ils répètent tous á Venvi que le tout formé par les associes est quelque chose d’autre que les associes, quelque chose de distinct d’eux. Et de ce tout ils font une personne...Remarquons tout d’abord que, s’il était vrai que l’association fût quelque chose d’autre que ses memores t s’il était vrai que le tout fût quelque chose de plus que les associes, il ne s’en suivrait nullement que cette chose, ce tout, fût une personne. Où est le lien entre ces deux idées: les associes forment un tout; ce tout est une

⁴⁹ De Vareilles-Sommières, ob. cit., n. 21.

personne ? Il y a un abîme entre elles. L'esprit de système peut le franchir d'un bond, mais la logique n'a pas cette agilité. Pour le combler, il faudrait y jeter cette majeure avec ses preuves: un tout composé de différents individus d'un certain ordre est toujours lui - même un individu du même ordre...

Si l'on ne perd pas de vue que la personne, quoi qu'on dise et quoi qu'on fasse, est l'être raisonnable et libre, le seul qui puisse avoir des biens, des obligations et des intérêts dignes de ce nom, est-il possible de ne pas taxer de divagations les affirmations suivantes: un bataillon est une personne,—le groupe de trois partenaires qui jouent au whist est une personne,—le couple conjugal est une personne,—les convives assis autour d'une table constituent une personne ? Les soldats, les joueurs, les époux, les convives, sont en effet des associés, des individus réunis en un tout par un principe d'unité et d'organisation, et on nous dit que toute association est une personne. L'étrangeté de l'idée n'apparaît que confusément dans la proposition abstraite et générale; dans les applications concrètes elle saute aux yeux et devient intolérable.

Si l'association était quelque chose d'autre et de plus que les associés, il est clair qu'elle serait une chose, une chose SUI - GENÈRE et non pas une personne. Cette chose n'aurait aucun droit, ne serait pas sujet de droit, mais les personnes que comprendrait cette chose, les associés, n'en seraient pas moins pourvus de tous les droits et de toutes les capacités voulus pour constituer un avoir commun obligatoirement affecté à la poursuite du but commun. Eux seuls pourraient être sujets de droit et le seraient. Mais l'association, le groupe, n'est absolument rien d'autre et de plus que les associés; elle n'est pas plus une chose distincte d'eux qu'une personne distincte d'eux; elle est eux - mêmes, rien de plus, rien de moins. Sans doute, pour leur union et la coordination de leurs activités les associés forment un tout; mais ce tout, c'est eux - mêmes et rien qu'eux; ils sont tout dans ce tout...Il n'y a dans l'association aucune autre substance, aucun autre être quelconque, physique ou spirituel, que les associés. Il suffit d'ouvrir les yeux pour s'en convaincre. Regardez l'association avec les yeux du corps et avec ceux de l'esprit: qu'y voyez-vous en dehors des associés ? Rien. Supprimez les associés; que rest-il ? Rien. M. Terrat dit qu'il y a dans l'association en plus que les associés un principe de unité et d'organisation. Il prend la cause de l'association pour un de ses éléments. Ce qu'il appelle le principe d'unité, c'est le contrat ou la loi qui a

forme 'association: ce contrat ou cette loi est la source de l'association, mais n'est pas l'association. "⁵⁰

Vê-se dos trechos transcriptos, que o autor ahi se refere, de preferencia, á pessoa juridica da associação; cumpre, porém, acrescentar, que elle affirma a mesma procedencia dos seus argumentos, ou talvez melhor dizendo, das suas *asserções vigorosas*, não só, a respeito de qualquer especie de associação, seja esta de existencia convencional, seja de existencia necessaria, como tambem, a respeito dos demais institutos, a que se costuma reconhecer a qualidade de pessoa juridica.⁵¹

A pessoa moral ou juridica, aqui como em qualquer parte, insiste De Vareilles - Sommières, ao encerrar o seu importante livro, — não é, nem póde ser, a causa de cousa alguma; o que não existe não póde produzir nenhum effeito. E' uma fabula engenhosa, empregada pela mais austera das sciencias. E' uma mentira, que não póde enganar a ninguém, mas que agrada, e ajuda a memoria...⁵²

— Conclusão tão clara e decisiva, como esta, dispensa, certamente, toda explicação ou commentario da nossa parte.

10 b. — Antes dos dois autores, cujos couceitos acabâmos de citar, tambem Jhering, considerando a pessoa juridica, como uma *ficção*, uma *mascara*, já havia ensinado, que os *verdadeiros sujeitos de direitos* são: na associação, os individuos associados; e nas fundações, os seus destinatarios,— a dizer os enfermos, os pobres, os orphãos, etc. ⁵³ São as palavras de Jhering:

⁵⁰ Ob. cit., ns. 230-32, 234-36 e 238.

⁵¹ Vide: Ob. cit., ns. 1049, 1058 seg., ns. 1136 seg., ns. 1169 seg., ns. 1453, 1463 seg., e 1554 seg.

⁵² Ibidem, n. 1556.

⁵³ "L'ESPRIT DU DROIT ROMAIN", t. IV, p. 326-341.— Cf. Michoud, La notion de personnalité morale, p. 27; — Négulesco, Le Problème Juridique de la personnalité morale, p. 38 seg.

“Dés que l’on perd de vue cette idée fondamentale du droit, que l’homme seul est le destinataire des droits, l’on ne s’arrête plus dans la voie de la personification. La personne juridique comme telle est incapable de jouir, elle n’a NI INTERÊT, NI BUT; elle ne peut donc avoir de droits que là où ils atteignent leur destination, c’est - à - dire, LÁ OÙ ILS PEUVENT ÊTRE UTILES Á LEURS AYANTS DROIT. Un droit qui ne peut jamais attendre ce but est une chimère inconciliable avec l’idée fondamentale du principe du droit. Pareille anomalie ne peut exister qu’en apparence: le sujet apparent du droit cache LE VÉRITABLE. Non; les véritables sujets du droit, ce ne sont point les personnes juridiques, comme telles, ce sont leurs membres isolés. Celles - là ne sont autre chose que la forme spéciale dans laquelle ceux - ci manifestent leurs rapports juridiques avec le monde extérieur”.⁵⁴

Isto, quanto às associações; quanto às fundações, o citado autor observa igualmente:

“ Elles (as pessoas jurídicas) non plus, ne sont pas elles - mêmes le but et le centre de gravité de tous les rouages juridiques, qu’elles font mouvoir, le pivot de tout leur mécanisme... Ce sont les personnes naturelles qui doivent en profiter. La personification des fondations n’est donc que la forme de l’appropriation d’un patrimoine aux intérêts et aux buts de personnes indéterminées... ”⁵⁵

— As citações feitas bastarão, sem dúvida, para dar inteiro conhecimento da doutrina, que *confunde* ou *identifica* a pessoa jurídica com a pessoa física ou natural.

O que importaria agora, era demonstrar as razões, porventura, existentes contra a verdade de semelhante doutrina. No intuito, porém, de evitar a repetição de argumentos, igualmente aplicáveis a uma outra teoria da *não - existencia* da pessoa jurídica, e da qual temos também de ocupar - nos; deixaremos, para mais adiante, a apreciação ou crítica das idéas, de que vimos de fazer menção.

⁵⁴ Jhering, ob. cit., § 71, p. 341 seg.

⁵⁵ Ibidem, p. 346.—Entretanto, será talvez oportuno dizer, que o próprio Jhering não deixara de reconhecer a necessidade da pessoa jurídica, muito embora como *simples ficção*, — para o fim de acautelar, principalmente, os direitos de *terceiros*, que tivessem de tratar com as associações ou comunidades... Loc. cit. § 65 p. 215.

11. — SEGUNDA THEORIA. Aventada por Brinz,⁵⁶ e logo applaudida por Bekker,⁵⁷ na Allemanha, e depois seguida por outros escriptores de merecimento, a theoria de que vamos tratar ensina: — que não ha mister de inventar a chamada pessoa juridica para bem explicar as relações de direito que lhe são attribuidas; uma vez que os direitos e as obrigações concernentes podem existir sem a necessidade de terem um sujeito...

Ao encetar a publicação da sua obra "Pandekten" em 1857, Brinz lançara no Prefacio (*Vorrede*) o ousado conceito, desde logo tornado celebre, de que — "a pessoa imaginaria pertencia *tanto* á doutrina das pessoas, *quanto* o espantallo á doutrina dos homens." — *Die gedachte Person ebensowenig in die Lehre von den Personen gehore, wie die Vogelscheuche in die Lehre von den Menschen.*— E mais tarde, (na segunda edição da referida obra), apresentando de modo claro e preciso as razões em que apoiara o seu pensamento sobre a materia, não só, sustentou,— tirando argumento dos textos romanos, que a pessoa imaginaria (*gedachte Person*) não passava, effectivamente,de um patrimonio sem sujeito (*in Wirklichkeit, ein personenloses Vermögen vorhanden sei*), mas ainda,— que era patente a necessidade de distinguir os dous patrimonios: — o que tem um sujeito determinado "*Personen-Vermögen*", e o que, em vez de um sujeito, tem apenas um fim determinado "*Zwec -Vermögen*".⁵⁸

Em outros termos, quer isto dizer:— que é uma preocupação inutil, descabida, a que pretende distinguir as pessoas em *naturaes* e *juridicas*, quando, alias, o que realmente existe é:— ou *individuos*, *sujeitos* de direitos ou bens, que lhes pertencera; — ou *cousas*, isto é,

⁵⁶ Brinz, *Pandekten*, (1857-1871).

⁵⁷ Bekker — *Zur Lehre von Rechtssubject* (no Jahrbtcher fur die Dogmatik, XII, 1873); Idem, *System des heut. Pandektenr.* (1886-1889).

⁵⁸ Brinz, *Pandekten* (1868), I, § 59,— III. § 432 seg.— Cf. Windscheid, ob.cit., §.49,nota5;—Michond,ob.cit.,p. 19 seg.;—De Vareilles-Sommières, ob. Cit., n. 262 seg.;—Giorgi, ob. cit., ns, 19; etc.

patrimônios, que pertencem a um fim especial, e, por isto, *capazes de direitos* por si mesmos, independentemente da condição de haver uma pessoa, real ou fictícia, que lhes sirva de sujeito. “ *Les biens qui ont une affectation déterminée, un but special, (Zweekvermögen) peuvent se suffire juridiquement á eux-mêmes et jouer le role d’une personne. Ils sont propriétaires d’eux-mêmes,— SUIMET IPSIUS; ils peuvent être créanciers, débiteurs; ils peuvent être acquéreurs, alienateurs...* ” ⁵⁹

Convém assignar, que os partidarios desta theoria, pretendendo que as pessoas jurídicas, como o Estado, a Communa, as corporações, as fundações ou estabelecimentos de caridade, nada mais são do que *patrimônios affectos a um fim determinado*, acreditam fazer um serviço á sciencia jurídica, substituindo uma *phantasia*, até agora admittida,— pela verdade das cousas, como ellas o são realmente.⁶⁰ Nada de *personificação* de entes abstractos. Ou o proprio bem *destinado* a um *fim especial*, ou o simples fim especial do bem, bastam, por si sós, como sujeitos dos direitos que lhes pertencem, activa ou passivamente...

Sobre o que, observa muito bem De Vareilles - Sommières : E’ claro que não custa mais, dar capacidade jurídica a um, do que ao outro; pois tanto é extraordinário attribuir direito á uma cousa, como a um fim, — ou tanto a um fim, quanto á uma cousa;—havendo contra ambos os casos objecções de igual força.⁶¹

— Em resumo, tal é a theoria, mais geralmente dita — “*dos direitos sem sujeito*”, e á qual Bekker procurou dar um novo subsidio, fazendo uma distincção particular entre a disposição (*Verfügung*) e o goso (*Genuss*) dos respectivos direitos. A primeira faculdade, pensa elle, não póde pertencer, senão a um ente dotado de vontade propria; a segunda, pelo contrario, póde pertencer,— tanto a um *menor*, um *mentecapto*, ou

⁵⁹ Vide: De Vareilles-Sommières, ob. cit., n. 263.

⁶⁰ Vide: Michoud, loc. cit.; Windscheid, loc. cit., p. 190, nota ibi.

⁶¹ Ob. cit., n. 264.

mesmo a um *animal*, bem como, a um fim ou coisa inanimada.⁶² Consequentemente, nada impede o dispor em favor de um animal ou de uma coisa, desde que se providencie juntamente acerca da administração do património destinado (*Zweckvermögen*); sabido, como é, que o animal ou a coisa não podem ter, senão o *goso*, e jamais a *disposição* do referido património.⁶³ Em uma palavra, aos olhos de Bekker, é destituída de importancia a questão de saber, si o animal ou a coisa tem um sujeito de direito: elles podem *gosar* de direitos; é quanto basta.⁶⁴

⁶² Vide: Negulesco, *Le Problème Juridique de la personnalité morale*, p. 46;—Michoud, loc. cit.

⁶³ Auts. e locs. citados.

⁶⁴ A theoria “dos direitos sem sujeito” tem sido adoptada ou sustentada na Allemanha, além de Bekker, pelos seguintes: Demelius, *Die Rechtsfihction*, p. 79, 82 e 85 (1858), e no *Jahrbücher für die Dogmatic*,— (1860); Köppen, *Lehrbuch des Erbrechts*, p. 45; Hellmann, *Das gemeine Erbrecht der Religiosen*, p. 87; Windscheid, *Pandecten*, § 49 e nota 3, § 57, (Achte Auflage). —Na Itália: por Forlani, *Sulle persone artificiali o giuridiche*, (Archivio Giuridico, VII); Bonelli, *Di una nuova teoria della personalità giuridica* (Revista Italiana per la scienga giuridica, IX).— Na França, o autor geralmente apontado, como partidario da theoria referida, é Planiol, (*Traité Elementaire de droit civil*), cujas idéas damos no texto. Talvez fosse de razão incluir, igualmente nesta nota, a Leon Duguit, (*L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901), o qual nega systematicamente a existencia das pessoas juridicas, isto é, de todo e qualquer sujeito de direito. Diz elle: “ *Ils ne voient dans le droit que le rapport de, deux sujets de droit, de deux personnes. U faut donc créer ces sujeis de droit, QUAND DANS LE FAIT ILS N'EXISTENT* ” (ob. cit. t. I, p. 8). — *En faisant du droit un pouvoir subjectif appartenant á un sujet de droit, on est forcément amené á voir partout des rapports entre sujets de droit, et on fait de l'Etat un sujet de droit, en personnifiant arbitrairement la collectivité; on édifie ces theories artificielles et caduques qui provoquent á juste titre les railleries des sociologiques et des philosophes* (Ibidem, p. 13)... “ *Des hommes qui ont conscience deux-mêmes, qui pensent, qui veulent, qui agissent en vue d'un lut conscient,— voilà les seules réalités du monde social* (Ibidem, p. 29). — E mais adiante: “ *Avec notre point de départ, tout s'explique sans postulat á priori, sans hypothese, sans fiction. Nous croyons avoir établi que toutes les fois qu'il-y-a un acte de volante individuelle determinei par un but de solidarité sociale, il nâit pour une certaine vólonté le pouvoir d'assurer la réalisation de ce resultai, il nâit pour une certaine autre vólonté le devoir de ne rien faire s'opposant á la réalisation de ce résultat, et, si cela se peut, d'y travailler activement; il nâit pour le gouvernement, s'il existe, le devoir d'employer la force á l'obtention du bui qui a déterminée l'acte de vo-lonté. Voilà tout, voilà le fait, tout le reste n'est que fiction,.. Mais ouí trouvons nous ce prétendu rapport de droit ? Pourquoi vouloir déterminer les sujets, termes de ce rapport, lesquels n'existent pas ?* (Ibidem, p. 179-180)...

On discute depuis des siècles et on discutira encore longtemps sans s'entendre, la personnalité des collectivités, parce que cette per sonnalité n'exit te que dans l'esprit de ceux qui discutent: controverses verbales vaines et sans profit. ” (Ibidem, p. 193).

Mas, precisamos dizer, o importante trabalho de Duguit não tem por objecto o estudo da pessoa juridica; é uma obra de esforço intellectual sobre questão muito mais vasta, — na qual o autor, afirmando o facto da *solidariedade social ou humana*, procura

11 a. — De data mais recente um escriptor francez, M. Planiol, abraçando a theoria “*dos direitos sem sujeito*”, a expõe, todavia, de maneira differente,— quanto ao modo de encarar os bens ou o patrimonio em questão. Diz elle:

“ L'idée de la personnalité fictive est une conception simple, mais superficielle et fausse, qui cache aux yeux la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective à cote de la propriété individuelle. Elle mérite d'être abandonnée. Sous le nom de “personnes civiles” il faut donc entendre l'existence de BIENS COLLECTIFS à l'état de masses distinctes, soustraites au régime de la propriété individuelle. Par consequent, CES PRÉTENDUES PERSONNES n'en sont pas même d'une manière fictive; ce sont des choses possédées par des hommes. Cette verité a déjà été aperçue par différents auteurs...Mais ils ne Vont vue que d'une manière incomplete; ils se sont tous bornés à émettre une negation, sans se preoccuper de rien mettre à la place; il est cependant nécessaire de remplacer le mythe de la personnalité par une notion positive, et celle - ci ne peut être que la propriété collective, c'est - à - dire, le bien d'un groupe d'hommes. ” ⁶⁵

Como se vê, aquillo que, para Brinz e outros, se chama “bem ou patrimonio com um fim especial”, capaz de direitos, independentemente de um sujeito, é, para Planiol, a propriedade

fundar um systema completo do “*Estado, do direito objectivo e da lei positiva*”,— começando por declarar, que o seu intento é, antes de tudo, fazer uma obra negativa, (*nous voulons faire en avant tout une oeuvre negative...*) Para elle: o Estado não é essa pessoa collectiva ou politica, investida de um poder soberano; — o direito individual é pura hypothese ; — o direito é social, exclusivamente social, mas sem ser um poder da conectividade, assim como, não é um poder do individuo. .. E possuido destas e outras idéas e principios análogos, aos quaes Duguit dá o mais largo desenvolvimento, — pretende assentar as bases de uma nova doutrina, segundo a qual, todo o acto da vontade individual consciente, conforme ao fim da *solidariedade*, deve ser recebido, como creador de uma situação de direito; por consequancia, o individual e o colectivo não se distinguem...

Comprehende-se, que a apreciação de pensamento tão vasto não poderia caber nos estreitos limites do nosso presente trabalho, e, menos ainda, nos de uma simples nota. Si nos referimos ao illustre autor, é porque elle, ao afirmar a não-existência das pessoas juridicas, se declarara feliz por poder invocar, a respeito, a *autoridade* de M. Planiol, a quem tambem por nossa vez mencionamos, como um dos partidarios da theoria “dos direitos sem sujeito”. — Vide: Duguit, ob. cit., t. I, caps. I, II, III.

⁶⁵ M. Planiol, *Traité Elem. de droit civil*, n. 1967 (ediç. de 1901).

collectiva, a qual não deve, aliás, ser confundida com a propriedade indivisa, conforme observara desde logo o citado autor.⁶⁶

12. — CRITICA DAS THEORIAS. Brevemente expostas, como foram, as duas theorias, que se propõem demonstrar, ou a não-existencia da pessoa juridica, ou a desnecessidade, a inutilidade, dessa existencia; cumpre agora apreciar o valor ou procedencia das principaes razões, em que as referidas theorias se apoiam. Antes de tudo se poderia dizer: si, para resolver sobre a questão, bastasse attender á verdade dos factos, que se desdobram aos olhos de todos, a refutação de taes theorias estaria feita de modo cabal e completo; porquanto a pessoa juridica existe e age por toda a parte, como ente distincto, assim reconhecido na ordem juridica, na qual a sua existencia é reputada necessaria aos fins e interesses diversos da collectividade social.

Começando pela theoria, que supprime a pessoa juridica em proveito exclusivo das pessoas physisas ou naturaes,— não precisamos mais, do que fazer, uma simples consideração, para derrocal-a: — que, nas associações dotadas de personalidade, sejam ellas necessarias, como o Municipio e o Estado, sejam convencionaes, como são as sociedades particulares de fim económico ou ideal, existe *sempre e prevalece* inevitavelmente, como condição da propria associação,— um interesse colectivo, *sabidamente diverso* dos interesses individuaes das pessoas physisas (às vezes concurrentemente com pessoas juridicas) que as compõem.⁶⁷

Com relação ás pessoas juridicas do direito publico, o Estado ou o Município, é manifestamente descabido afirmar que, carecendo ellas de existencia distincta das pessoas physisas singulares,— são estas, e

⁶⁶ Ob. cit., n. 1953.— A Propriedade Collectiva, de que trata o autor, “é um *estado particular da propriedade*, tendo em si mesma o seu fim e a sua razão de ser; ” — é uma especie de entidade juridica,—*proprietaria de si mesma*, capaz de contractar, adquirir bens, creditos, obrigações, etc.

⁶⁷ Michoud, ob. cit., p. 27.

somente estas, os *propriarios unicos* de todos os direitos pertencentes áquellas; podendo, conseguintemente, usar e dispor, *individualmente*, de taes direitos (nos quaes se incluye o património do Estado ou a fazenda publica), como bem lhes pareça! —*Qui suo jure utitur, neminem laedit...*

Com relação á associações particulares ou pessoas juridicas do direito privado, efectivamente revestidas de personalidade propria, subsiste a mesma difficultade. O que se vê dos factos, das disposições das leis, ou dos estatutos das mesmas é: que nellas não se dá igualmente essa supposta identidade ou confusão dos direitos e interesses collectivos com os individuaes; e para convencer - o, seria bastante attender á que, não raro, a pessoa - associação apparece contraposta á pessoa - individuo, sustentando, cada uma dellas, pretensões ou acções, em juizo e fora deste, por lesões de direitos, no todo *exclusivos* a cada um dos litigantes, os quaes são considerados em situações oppostas sob o ponto de vista do direito e dos interesses em conflicto.

Pelo que respeita ás fundações e outros estabelecimentos *piae causae*, seria não menos descabida a identificação das pessoas individuaes com as desses institutos: 1) com a dos fundadores ou instituidores, não: porque, não só na maioria dos casos já não existiriam, como ainda, porque são sempre elles os proprios a se despojarem do patrimonio, que instituem, se considerando na posição de *terceiros* a respeito do mesmo; 2) com a dos *beneficiarios*, tambem não; porque a estes não seria licito arrogasse a qualidade de *propriarios* ou *sujeitos de direitos* sobre cousa, que não teve semelhante destinação na mente dos seus ex - proprietarios, os fundadores ou doadores. Neste ponto, não se póde deixar de notar o equivoco de Jhering, dizendo que, nas fundações, são os beneficiarios, presentes e futuros, os sujeitos reaes das mesmas.⁶⁸ Facil será a demonstração: quanto aos beneficiarios *presentes*, seria

⁶⁸ Jhering, *L'Esprit du droit romain*, §. 71, p. 345. Como se disse anteriormente, (n. 10) o jurisconsulto Seabra tambem sustentara igual opinião.

confundir a instituição que presta o benefício, com a pessoa que o recebe,— erro manifesto; quanto aos futuros, não poderiam elles ser considerados sujeitos de direitos, pela simples razão de não terem ainda existencia na ordem jurídica.

Além disto, observa Michoud, não é preciso insistir, para ver que essa theoria, que considera os individuos isolados, como *unicos e verdadeiros proprietarios* dos bens das instituições (pessoas juridicas) levaria á consequencia, ás vezes, da máxima injustiça, senão, á rapinagem, de poderem elles dividir os mesmos bens entre si, destruída, ou não, a respectiva instituição.⁶⁹

Não são, talvez, muito differentes os resultados, a que pretendem chegar certos socialistas exaltados,— considerando o Estado ou a Nação, como uma *simples massa commun* de interesses individuaes justapostos, sem guardar nenhuma distincção entre os direitos da pessoa publica e os direitos das pessoas privadas, que no mesmo coexistem e se manifestam, conjuncta on simultaneamente, aos olhos do direito...⁷⁰

Não é mister proseguir na critica de semelhante theoria.

13. — Passando á theoria “*dos direitos sem sujeito*”, a sem-razão della é tão evidente, que poucas palavras bastam para o demonstrar.

Conforme as idéas, se póde dizer, universalmente recebidas, o que se entende por *direito* é um poder ou faculdade (subjectivamente

⁶⁹ Michoud, ob. cit, p. 38.

⁷⁰ Giorgi, na sua definição da pessoa jurídica inclue :— “in quanto é distinta dai singoli individui che la compogono; e dotata della capacita de possedere, edi esercitare ADVERSUS OMNES i diritti patrimoniali.” Pela primeira proposição quiz accentuar a autonomia jurídica da conectividade, como pessoa distinta dos individuos, conceito este, que o direito romano já havia exprimido com grande precisão, dizendo: “universitas distat à singulis”. Pela segunda proposição, insistira nas consequencias dessa distincção entre as duas pessoas,—citando tambem a respeito a linguagem do mesmo direito romano: quod universitati debetur, singulis non debetur; quod universitas debet, singidi non debent (Ob. cit., n. 24, p.61).

considerado) pertencente a um individuo ou pessoa, — de fazer ou de exigir que se faça determinado acto, ou que se execute a prestação de uma cousa, certa, conhecida. E', como se vê, uma relação entre um sujeito e um objecto. Supprimir o sujeito, diz-se com toda razão, é destruir a relação juridica, isto é, o proprio direito.⁷¹

Comprehende-se , bem ou mal, a doutrina dos que, negando a existencia da pessoa juridica, encabeçam, no entanto, os direitos ou relações juridicas da mesma nas pessoas naturaes somente; muito embora dita doutrina seja insufficiente para explicar a verdade real dos actos e factos, que se passam quotidianamente na vida juridica.

Mas uma doutrina, que ensina a existencia do direito sem a dependência de uma pessoa, que seja sujeito do mesmo,—apenas enunciada,— não póde deixar de ser desde logo repeliida, visto envolver uma simples contradicção nos proprios termos... *"Subjectlose Rechte sind ein Widerspruch in sich selbst."*⁷²

A pessoa ou *sujeito de direito* é uma necessidade logica da propria concepção ou idéa fundamental do direito.⁷³

Baudry-Lacantinerie, referindo-se á esta questão, escrevera:

Briz identifie la personne morale avec le patrimoine. La personne morale est une chose, une masse des biens affectée à un but...

⁷¹ Négulesco, loc. cit. Cf. Jhering, ob. cit., § 70, e nota 486, p. 317.

⁷² Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, § 29 (1868-1881).

⁷³ Salkowski, *Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen* (1863); —Cf. Böhlau, *Rechtssubject und Personenrolle* (1871); — Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten jur. Personen* (1873); —Bolze, *Begriff der jur. Person* (1879); — Jhering, *Esprit du droit romain*, t. II, §. 60-01, e no *Jahrbücher für die Dogmatik*, X, p. 399 e 408 seg.

Meurer accentúa: Die Theorie der subjectlosen Rechte ist falsch; sie ist, wie Eisele (Ueber das Rechtsverhältniss der respublicae in publico uso, p. 23) einmal trwffend sagt—eme CONTRADICTION IN ADIECTO—"Der Begriff und die Eigenthümer der heiligen Sachen zugleich eine Revision der Lehre von den juristischen Personen", §. 9. — 1885. - Cf. Windscheid, ob. cit., p. 188-89. e notas ibi.

" Il nous semble impossible de concevoir un droit sans sujet actif ou passif, et nous comprenons difficilement l' 'utilité de la substitution de la fiction du patrimoine, entité juridique, à la fiction de la personnalité juridique...".⁷⁴

Com efeito, juntaremos de nossa parte — a *theoria da ficção da pessoa jurídica e a da coisa personificada*, si assim podemos dizer — o, se valem igualmente; não duvidando, todavia, confessar, que a primeira soa melhor; porque, em todo caso, supõe a existência de um sujeito, ao qual a coisa ou o direito pertence. E esta só consideração é de tal força, que Planiol, não obstante a sua franca adesão à doutrina ensinada por Brinz, como decorre inevitavelmente das suas próprias palavras, apressou-se, contudo, em negar⁷⁵ que ele houvesse jamais admitido " a existência de patrimônios sem dono "; quando, alias, outra coisa não é, nem pode ser, a consequência legítima do que ele próprio ensina na sua citada obra...

13 a. — Occorre ainda, que a *theoria "dos direitos sem sujeito"*, ou antes, dos *"bens e coisas sem um dono"*, torna, como é intuitivo, por demais precária a sorte das associações e fundações

⁷⁴ G. Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, ns. 104-107 (8º edic. 1901).

⁷⁵ Vide: Planiol, loc. cit., ns. 1966, 1967 e 1992.—Em nota ao n. 1955 (edic. de 1901) o mesmo autor observa:—*On m'a enrole sous la bannière de Brinz et on m'a fait dire que j'aâmettais l'existence de patrimoine sans maître* (Négulesoo, these, p. 13 et 146). *Rien n'est plus éloigné de ma pensée. Propriété collective signifie pour moi "propriété soumise à un régime autre que celui de la propriété individuelle", mais non par "propriété sans maître", formule qui m'a toujours paru un non-sens appliquée à des choses qui ne sont plus à disposition du premier occupant. Ce serait bien plutôt la doctrine traditionnelle qui admettait des patrimoines sans maître, puisqu'elle les attribue à un être qui n'existe pas. Pour moi la personnalité fictive n'est pas une addition à la classe des personnes; c'est une manière de posséder les biens en commun, c'est UNE FORME DE PROPRIÉTÉ.*

Por nossa parte confessamos ingenuamente, ou não termos entendido a explicação de Planiol, ou então, que a mesma serve, apenas, para confirmar que ele admitte a existência de uma propriedade sem dono, a despeito da sua replica em contrario. Que *forma de propriedade, que maneira de possuir bens em comum*, é esta? Si é *pro-indiviso*, certo, os donos são os individuos da comunhão existente, a qual se fará propriedade individual pela acção—*communi dividundo*; mas, si assim não é,—como explicar o dono da *propriedade colectiva*? Demais, o autor citado disse textualmente: "Sob o nome de "pessoas civis" se deve entender a existência de *bens collectivos*..." — Semelhante contradição já havia sido apontada por L. Duguit, cujas idéas na matéria não são, aliás, essencialmente diferentes das de Planiol.— Duguit, loc. cit., p. 193, nota;— Hic, nota 64 retro.

particulares, qualquer que seja a utilidade do seu objecto e fins. Desde que se trata de direitos e de bens, que não têm pessoa que os represente, possua e defenda — *jure proprio*,— a consequencia inevitavel seria ficarem sujeitos a ser considerados *res nullius*; cabendo, portanto, ao Estado dispor a respeito delles, como melhor entendesse, em vista do interesse publico ou privado.⁷⁶

Apreciando a theoria por este lado, escreve Michoud:

“S’il ny a pas de sujet, D’AYANT DROIT, qui l’Etat trouverat - il en face de lui, pour les defendre? J’entends bien qu’il y ale but, et que l’Etat ne pourra s’emparer des biens qu’à la condition de conserver leur affectation. Mais du moment qu’aucune personne, autre que lui - meme, ne tend a atteindre le but, qui l’empêchera d’y renoncer et d’employer les biens à tout autre object? C’est lui dans ce systeme, qui reste le maître souverain de l’affectation; les personnes physiques qui ont crée le patrimoine de la personne morale, qui Vont développé, qui ont proposé ce but à son activité, sont purement et simplement évincées, mises de cote comme si elles n’existaient pas. Le lien entre le droit et les personnes té trouve rompu. Il y a d’un côté des droits sans sujei, un patrimoine sans maitre, dont l’Etat pourra s’emparer sans que personne puisse dever une contradiction legitime; de l’autre, une Corporation sans patrimoine, un ensemble de personnes dont l’immixtion dans l’administration des biens ne será tolérée par l’Etat, qu’autant qu’il la jugera utile. C’est la main - mise de l’Etat sur tous les patrimoines ayant une destination superieure à l’utilité particulière de l’individu; c’est le monopole de l’Etat pour tout object d’utlité générale, ou même collective. ”⁷⁷

Outra não é a linguagem de Vauthier na sua importante obra sobre as pessoas moraes:

“Nous disons que ces theories ont leurs cotes inquietants, parce que elles recèlent après tout des conséquences plus graves que ne le paraissent supçonner leurs auteurs. S’il est de Vessence d’un bien d’appartenir à un but, la propriété

⁷⁶ Semelhante doutrina, applicada porventura ás ordens religiosas no Brasil, depois do decreto de 7 do janeiro de 1890, faria entrar, talvez, uma somrua assas consideravel para os cofres do Thesouro Nacional!... Felizmente, porém, esta não é, nem a lei, nem a jurisprudencia do paiz.

⁷⁷ Michoud, loc. cit.

individuelle et les droits qui en derivent, et le fameux us utendi et abutendi accordé au propriétaire, tout cela aura quelque peine à se justifier. N'est ce pas là, au fona, ce que soutient le socialisme!"⁷⁸

Estamos certos, de que não é preciso dizer mais, em desabono de theorias, que, embora expostas sob a apparencia de razões scientificas, se mostram, todavia, em contradicção evidente com o proprio objecto da sua applicação immediata.

Concluindo, pois, nosso pensamento, o resumiremos nesta simples formula: enquanto o direito fôr a *faculdade de agir*, elle requer *inexoravelmente* um sujeito distincto, ao qual pertença semelhante faculdade.⁷⁹

§ 4º A PESSOA JURIDICA É UM ENTE REAL?

14. — Uma doutrina importante, diz De Vareilles-Sommières, pelo numero e valor dos seus adherentes, ensina abertamente " — que a pessoa moral é um *ente real*, e não somente real, *mas natural*, — não devendo à lei, nem a sua capacidade nem a sua vida. Á lei pode moderar esta capacidade, mas não a dà.⁸⁰ Esta doutrina (continua o autor citado) differe profundamente da precedente, a qual apresenta, á principio, a pessoa moral como uma *pessoa ficticia*, depois faz della subrepticamente um *ser real*, mas um ser real artificial, de criação legal, ou, pelo menos, um ser natural de capacidade artificial ".⁸¹

O que diz De Vareilles-Sommières indica apenas a doutrina em sua afirmação dogmatica. Na demonstração, porém, dos seus fundamentos, ou fallando mais positivo, do *substractum* da pessoa

⁷⁸ Vauthier, ob. cit. p. 273.

⁷⁹ Vide: Giorgi, ob. cit., n. 19, p. 82.

⁸⁰ De Vareilles-Sommières, ob. cit., n. 146.

⁸¹ Ibidem, ns. 126, seg.; *signanter*, n. 187 seg.—O autor refere-se, no trecho supra, á theoria da *ficção*, ensinada pela escola.

juridica, *real, natural*,— divergem grandemente os proprios partidarios, mais notaveis della.

Primeiramente applicada na Allemanha por Bluntschli⁸² e Schaeffle⁸³ á pessoa publica do Estado,— a nova doutrina fôra depois exposta, sustentada e ampliada igualmente ás pessoas juridicas do direito privado, notadamente, ás associações ou corporações.⁸⁴

Muito embora a traços largos, damos em seguida uma breve noticia acerca dos seus principaes aspectos e argumentos.

15. — Dado o grande desenvolvimento, paralelo ou simultaneo, das sciencias naturaes e sociaes no ultimo seculo, a pretensão de generalisar e applicar as leis peculiares das primeiras dessas sciencias ás segundas tornou-se a preocupação de certos espiritos, aliás, de superioridade irrecusavel. Começou-se a *doutrinar*, que a sociedade geral, assim como as associações particulares, formadas no seio della, eram verdadeiros corpos organicos, cheios de vida propria, e tão reaes, como os

⁸² Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*,— Munchen, 1851.

⁸³ Schaeffle, *Bau und Leben des Socialen Körpers*,—Tubingen, 1875-76.

⁸⁴ Os autores mais conhecidos, que tem adoptado e ensinado a theoria da pessoa juridica, *real, natural*, são: Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1848 ; Idem, *System des deutschen Privatrechts*, 1878; — Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, 1878; — Meurer, *Der Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen, zugleich eine Revision der Lehre von den juristischen Personen*, 1885;—Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die Rechtssprechung*, 1887;— Regelsberger, *Pandekten*, 1893; — Fisichella, *Sulla realtà della persona giuridica*, 1885; — Fadda e B. Bensa, *Diritto delle Pandette*, 1887; — Espinas, *Les sociétés animales*, 1877; — Fouillée, *La Science Sociale contemporaine*, 1886; — Terrat, *De la personnalité morale*, (Rapport presenteau Congrès intern. des savants catholiques, Pribourg, 1897);—Saleilles, *De la association dans le nouveau droit allemand*, 1899;—Epinay, *De la capacité des associations formées sans but lucratif*, 1899; — Hauriou, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, 1898;—Idem, *Leçons sur le mouvement social*, 1899; — L. Michoud, *La notion de personnalité morale*, 1899.— Pode-se tambem ver a este respeito: Windscheid, ob. cit. §. 49 seg. e notas; —Saleilles, *T. de Obligation*, p. 395; Michoud, *De la responsabilité de l'Etat*, (*Revue du droit public*, t. 3º p. 414 sg.);—De Vareilles-Sommières. ob. cit. ns. 146 sg.;—Bernatzik, *Archiv für öffentliches Recht*, t. v, 1890;—Jellinek, *System der öffentlichen subjectiven Rechte*. 1892,—Rimelin, *Methodisekm über juristische Personen*, 1891; — Idem, *Zweckvermögen und Genossenschaft*, 1892; etc, etc.

outros seres vivos, que se encontram *individualizados* na natureza physica do Universo.

Ora, não é preciso dizer que, fazendo-se a applicação de taes principios á porção da vida social, que constitue a ordem juridica, ama consequencia logica levaria a considerar igualmente as chamadas pessoas, *moraes ou juridicas*, no mesmo pé de existencia real, que se reconhecia ás pessoas physicas, a dizer, os entes humanos: foi o que se deu effectivamente. Os partidarios da theoria do *organismo social* viram, e desde logo affirmaram, que na sociedade geral, e em cada associação particular, ha com effeito uma *personalidade collectiva*, formada dos individuos, unidos entre si de maneira analoga, senão, identica à das cellulas num corpo vivo.⁸⁵ A sociedade tem *tecidos, órgãos*, um *cérebro*, e um *systema nervoso*, como qualquer outro organismo vivo; consequentemente, ella póde manifestar-se ,e realmente se manifesta, por actos da propria vontade, como qualquer individuo.⁸⁶

A nação (*Votk*), diz Bluntsehli, é uma comunidade de homens, *unidos e organizados* em Estado...Sem Estado, não ha nação, e sem nação, não ha Estado...O *espírito* e a *vontade* da nação não se confundem, por forma alguma, com a somma das vontades individuaes; são por seu objecto e por seus órgãos, o espírito e a vontade do Estado... As nações, *seres organicos*, são sujeitas, como taes, ás *leis naturaes* da vida. A sua historia offerece as mesmas idades, como a vida dos individuos. As forças naturaes, as faculdades, a imaginação, as

⁸⁵ Os autores, segundo dissemos no texto, estendera a sua pretensão scientifloa, tanto á sociedade era geral, como ás de fins especiaes, notadamente, o Estado, como pessoa collectiva real.

⁸⁶ Vide:—Negulesco, ob. Cit., p. 31.— Cf. J. J. Rousseau, *Encyclopedie*, verbum *Economie politique*; Id. *Contrat Social*, 1.1, chap. 6º, e I. XI, chap. 3º; — Fouillée, *Science Sociale Contemporaine*; — René Worms, *Organisme et Société*; — Novicow, *Conscience et volonté sociale*; todos os quaes procuram demonstrar, como verdade philosophica, que a sociedade, geral ou particular, constitue verdadeiros organismos de vida propria.

necessidades de uma nação são umas na sua infancia, outras na sua velhice...⁸⁷

E, possuido de taes idéas, o illustre autor, depois de haver affirmado, que no Estado ha um *corpo*, um *espirito*, uma *vontade*, e *orgãos*, necessariamente ligados numa mesma vida⁸⁸, não duvidou ir além,... chegando mesmo a declarar que o Estado é de natureza *masculina*, como o homem, e que a Igreja o é de natureza feminina!⁸⁹

15 a. — Entretanto, por mais valiosa que seja a autoridade daquelles, a cujos conceitos vimos de alludir, relativamente ao organismo das associações humanas, sejam de character publico ou privado,— em nosso ponto de vista actual entendemos, que não ha necessidade de oppor-lhe s ama refutação directa, fazendo a analyse detalhada dos fundamentos, em que taes conceitos se apoiam. A inadmissibilidade da theoriase patentêa dos proprios factos, que caem debaixo da simples observação commum.⁹⁰

Que importa si, procurando *cotejar* certas semelhanças de phenomenos, vemos afflirmar que — os homens, "*cellulas dos organismos sociaes*" fazem no mecanismo da volição social o mesmo papel, que as cellulas do corpo humano no mecanismo da volição individual;⁹¹ quando aliás, ninguém ignora que, *desse jogo de palavras*, não resulta coisa alguma de *real* ou *positivo*, que corresponda á tão ousada affirmação? Não basta, que se diga ou se pretenda, que *toda sociedade humana é um ente organico, como são os seres vivos da natureza*; é preciso demonstrar que, efectivamente, assim o é; e com certeza, uma tal demonstração não

⁸⁷ Bluntscheli, *Theorie Générale de l'Etat*, I. II; p. 76.

⁸⁸ Ibidem, I. I, p. 15.

⁸⁹ Ibidem, p. 19. —Giorgi, (ob. cit., nota á p. 41), procurando defender a Bluntschli, adverte, nao sabemos si com razão, que o referido autor falla de um organinmo ethico ou juridico, e não de um organismo physico, como pretende a escola de Shaeffle.

⁹⁰ Vide: Michoud. ob. cit., p. 80 seg. Este autor faz uma analyse rapida, mas clara e bastante, da theoria do *organismo social*.

⁹¹ Ibidem.

foi, nem será jamais feita. Não se nega, diz o professor Michoud, que possa talvez haver alguma utilidade, a titulo de *methodo scientifico*, em adoptar um *systema* de comparação entre as sociedades e os organismos biologicos, — e *é o mais, que se pede conceder á semelhante theoria*; mas, fazer della uma doutrina capaz de explicar os problemas da vida juridica, não, nunca. E para que isto prevaleça, não ha mister insistir, por meio de argumentos particulares, contra os pontos fracos da doutrina *naturalista*; porquanto, muito embora os seus partidarios se proponham fazer da associação uma *pessoa tão real, ou natural*, como o ser humano, a verdade que se verifica é: que os mesmos, *mutato nomine*, nada mais nos oferecem, do que uma nova especie de ficção, no todo semelhante áquella, que já tivemos occasião de combater,— por contraria á verdade das proprias cousas, *quaes* se passam na ordem juridica.⁹²

16. — Doutrina, tambem relativamente moderna, e sem duvida, mais merecedora de toda atenção e exame, é a que, afirmando a *realidade* da pessoa juridica, procura demonstrar, que ella tem igualmente uma *vontade propria, distincta*, como a das pessoas phisicas; donde a sua denominação particular de “theoria da vontade” (*Willenstheorie*), pela qual é geralmente indicada.

Esta doutrina não vae, como a precedente, até o ponto de pretender que a corporação ou sociedade seja um *organismo identico* aos dos seres naturaes; contenta-se em ensinar, que um conjunto de individuos, unidos organicamente, torna-se um *novo ente real*, distincto dos individuos que o compõem, mas tendo em si a qualidade commum a todos esses individuos. Tal é o seu principio fundamental, formulado

⁹² Será conveniente dizer aqui, que essa doutrina do organismo social foi fortemente combatida no *Congrès de l'Institut International de Sociologie* (Annales de l'Inst. Int. de Bociologie, 1896 e 1897), e que entre os seus adversarios mais distinctos se contam no momento:—Starke, autor de *La famille primitive*; Stein, director do *Archiv für Geschichte der Philosophie*; Boistel, autor da importante obra *Philosophie du Droit*, recentemente publicada, e o grande sociólogo Tarde, o qual demonstrou, de maneira irresponsivel, a inutilidade da mesma doutrina. Vide: Negulesco, ob. cit.

seientificamente deste modo: — Si duas grandezas *A* e *B* se reunirem pura e simplesmente, ellas não formarão por isto uma individualidade nova, e a sua reunião daria simplesmente *A+B*. Mas, si á reunião das duas grandezas se juntar uma força de unidade organica, *A* e *B* formarão uma terceira grandeza *C*, differente de uma e de outra, mas com as qualidades communs á *A* e *B*. Esta terceira grandeza não tem uma existencia ficticia, mas tão real, como a das suas partes componentes. A formula do principio será pois: $A + B = C$, por opposição a: $A + B = (A + B)$.⁹³ Este *C* synthetico, ainda que igual a *A + B* analytico, constitúe, no entanto, uma quantidade inteiramente nova; representa, para usar da linguagem consagrada, o *momento* da unidade na pluralidade⁹⁴.—Surge daqui um ente, que se distingue pela *faculdade propria de querer*, consequentemente, capaz do *direito subjectivo*, e o qual, pretende-se , nada mais é, do que uma modalidade da vontade...

Diz Meurer: Juridicamente fallando, o homem é, de facto, sujeito? Não, o direito é a faculdade (ou possibilidade) de querer... Sujeito de direito não é o *homem*, mas a *vontade humana*. Consequentemente, só resta uma questão,— a de saber, si as associações e fundações tem uma tal vontade capaz de direito. E neste ponto, acrescenta Meurer, fazemos inteiramente nosso, o modo de vêr de Zitelmann:

Juristisch gesprochen, ist der Mensch wirklich Subject ? Nein; das Becht ist Wollendürfen... Rechtssubject ist nicht der Mensch, sondern der menschliche Wille. Es ist also nur die Frage — haben die Corporationen und Stiftungen einen solchen rechtstragenden Willen? Und hier sind wir auf den Purikt angelangt, wo wir die Zitelmannische Auffassung ganz zu der unserigen machen können.⁹⁵

⁹³ Tal é a maneira de que se serve Michoud para exprimir, em poucas palavras, a idéa fundamental de Zitelmann e Meurtr: um, considerado como o primeiro expositor da nova doutrina; e o outro, como quem lhe dera, depois, novos e mais precisos desenvolvimentos. — Michoud, ob. cit., p. 35.

⁹⁴ Giorgi, ob. cit, t. I. n. 20.

⁹⁵ Meurer, ob. eit., p. 73 seg.— Cf. Giorgi, loc. cit.

Agora, qual seja esse modo de vêr de Zitelmann, alludido por Meurer, já não se ignora: para elle. assim como para os partidarios da sua doutrina em geral, “o direito subjectivo é a propria faculdade de querer, reconhecida pelo direito.” ^{95.a}

— Disso, que fica dito, se vê que não ha muita clareza nas razões expositivas da *Willenstheorie*. E contra ella, alem de outras objecções se tem observado : 1º que não se pode conceber um ente, que nada mais é, do que *uma vontade*, a dizer, — constituindo esta, por si só, o proprio ente; 2º que, admittir a vontade como faculdade *independente* dos individuos, que a tem sentido e externado, é affirmar uma *especie* nova de vontade, sem *substancia*, isto é, sem um sujeito que a exercite; etc, etc. ⁹⁶

A procedencia destas objecções é, por si, manifesta.

Relativamente ao *ente-fundação* em particular, no qual, segando Zitelmann, a vontade, *sujeito de direito*, é a do proprio fundador, que subsiste *objectivada ou crystallizada* em uma obrigação permanente,— se offerece ainda ama outra objecção peculiar, cuja força nos parece irresistivel. Objecta-se , com effeito: que uma vontade separada do homem não pode ser um sujeito de direito; ella não tem força, senão, como faculdade de querer; como “*serie de volições successivas*”, não a tem. ⁹⁷

— “*La volontà staccata dall ‘uomo*, insiste por sua vez Giorgi,

é una astrazione che non si trova ai mondo; mentre la volontà effectiva stá sempre unita e ahituata agli organi corpórea, perche è l'uomo... Queste stravaganze sono il frutto di teoriche fabbricate nel morto silenzio delle biblioteche, o nelle discussioni accademiche dell'aule

^{95.a} Vide: Negulesco ob. cit., p. 30.

⁹⁶ Vide: Michoud, loc. cit., p. 39 seg. Cf. Negulesco, loc. cit.; De Vareilles-Sommières, ob. cit., ns. 163-173; Giorgi, loc. cit.; Duguít, loc. cit., p. 154-165, etc.

⁹⁷ Michoud, Ob. cit.. p. 37.

scolastiche, senza guardare di teatro reale e animato della vita civile... Sono sogni, e nient'altro che sogni; perdonabili, se chi gli insegna, non facesse poi la voce grosso contro il systema de la personificazione, colpevole non più dei censori di prendere le mosse da una finzione”⁹⁸

— Certo, a pessoa jurídica não é um simples *flatus vocis*, sem realidade no mundo social: sendo, portanto, de admitir, como verdadeiro, o conceito de Zitelmann e dos da sua escola, de que o ente colectivo. *universitas*, constitue um sujeito de direito a par do individuo.⁹⁹ Mas, por se sustentar a razão de semelhante conceito, não se deve esquecer a verdade das cousas, e ir até ao ponto de dizer, que o ente physico é, mesmo, *cousa superflua*, para que se possa realizar a existencia da pessoa jurídica... — *Der juristische Personenbegriff erschöpft sich im Willen, und die sogenannten physischen Personen sind für das Recht nur juristische Personen MIT EINEM PHYSISCHEN SUPERFLUUM.*¹⁰⁰

17. — E’ tempo, porém, de dizer que a doutrina da pessoa jurídica real não tem a sua razão de ser, o seu fundamento, nas duas theorias mencionadas,— a do *organismo social* e a da *Willenstheorie*; ella assenta em elementos mais solidos, discutidos e adoptados por autores de toda competencia.¹⁰¹ Seria impossivel dar, nos estreitos limites de que dispomos, uma noticia satisfactoria de todos elles. Mas, como não poderíamos, d’outra sorte, dizer por ultimo, qual a doutrina que nos parece preferivel, ou a mais consentanea com a verdade dos principios e dos factos, sem referir - nos igualmente, ao menos *per summa capita*, a certas opiniões e conceitos, ainda não indicados; — faremos, em seguida,

⁹⁸ Giorgi, loc. cit., n. 21.

⁹⁹ Ibidem, ns. 20 e 22.

¹⁰⁰ Meurer, loc. cit.

¹⁰¹ Além dos nomes já indicados á nota 84, são partidários da theoria da pessoa jurídica real ou natural:—Hensler, *Inst. des deutschen Privatrechts* (1885-86) ; — Rosin, *Das Recht der öffentlichen Genossensechaft* (1886); W. Wundt, *Ethik* (1886);—Klöppel, *Staat und Gesellschaft* (1887); Schuppe, *Der Begriff des subjectiven Rechts* (1887). Vide mais: Gierke, ob. cit., notas ás paginas 5-8, 606 segs. e 906-908.

breve resenha a esse respeito, preferindo, dentre os autores, aqueles, que se mostram mais recommendaveis ao nosso particular intuito.

17 a. — Um dos partidarios mais distinctos e decididos da doutrina da *pessoa juridica real* é o professor Otto Gierke, o qual, explicando a natureza da associação, como sujeito de direito, se exprime nos seguintes termos:

“ Die Möglichkeit einer solchen Zeugung beruht auf der socialen Anlage des Menschen. Indem der Mensch von Hause aus sein Dasein zugleich als Einzelleben und als Gemeinleben führt und empfindet, vermag er seinen Willen zu spalten und dem Bereich des Fürsichseins der Einzelwillen ein Gebiet ihrer Verbundenheit zum Gemeinwillen gegenüber zu stellen. So producirt er gesellschaftliche Körper, die ein den Individualwillen der Glieder gegenüber selbständiger Wille des Ganzen durchherrscht und zu einheitlichen Leben befähigt.”¹⁰²

São de assignar duas typos de uniões (*Verbandseinheiten*) segundo ellas se constituem, por forma social, ou por forma *institucional* (*als genossenschaftliche und anstaltliche*)... Dá-se o primeiro typo, quando uma pluralidade de vontades crea de si uma vontade *central* (*einen einheitlichen Willen*), a dizer,— as vontades individuaes, que entram na *união*, se fundem em uma nova unidade volitiva. Com o segundo typo succede, justamente, o inverso: — é uma vontade *central*, (*einheitlicher Wille*) que institue uma parte de si mesma em uma pluralidade *unificada* (*in eine hierdurch geeinte Vielheit pflanzt*). Allí effectua-se o nascimento regular de uma associação; aqui o de um instituto ou fundação. Entretanto observa o autor,— é também possível formar uma fundação por intermedio de uma associação (*Vereinigung*),

¹⁰² Gierke, *Die Genossenschaftstheorie*, p. 24 seg. Talvez nenhum outro autor tenha combatido com tanta decisão e abundancia do argumentos a clássica theoria da ficção da pessoa juridica, como Gierke o faz na obra citada. Elle começa por accentuar: “ *Den Kern der Genossenschaftstheorie bildet die von ihr dem PHANTOM DER PERSONA FICTA entgegengestellte Auffassung der Körperschaft, als REALER GESAMMTPERSON*”; e, consequentemente, sustenta que a associação é uma pessoa colectiva real, o como tal, capaz de direitos, de vontade, e acção propria (*Willens und Handlungsfähig*). —Loc. cit.. p. 5, e 603 seg.

assim como, uma associação por meio de uma instituição (*Veranstaltung*)...¹⁰³

— Mas, formadas de um ou doutro modo, a associação e a fundação são, para Gierke, pessoas jurídicas *reaes*, embora de natureza colectiva (*reale Gesammperson*); e, tratando particularmente da associação (que é o objecto especial do seu livro), o illustre professor, não só, lhe reconhece a qualidade de *pessoa real*, capaz de direitos, mas ainda, declara que ella é capaz de vontade e acção, como qualquer pessoa individual. — “*Die Körperschaft ist als reale Gesammperson nicht bios rechtsfähig, sondern auch willens - und handlungsfähig*”.^{103.a}

Para o desenvolvimento externo da sua vontade e acção, tem a pessoa jurídica - associação *orgãos*, individuaes ou collectivos, que não são de confundir com os *mandatarios* e *prepostos* em geral; porque aquelles, ao contrario do que se dá com estes, resultam, como elementos activos, indispensaveis, do proprio acto *constitutivo* da associação, isto é: o *órgão* da pessoa jurídica (associação ou fundação) é creado, conjuncta e institucionalmente, na propria formação ou organização da mesma. E dahi tambem a razão fundamental, porque a vontade e os actos do órgão da pessoa jurídica, como tal, devem ser tidos e considerados, como sendo a vontade e os actos della propria.^{103.b} O **órgão** é um pedaço da propria pessoa jurídica (*ein Stück seiner selbst.*); elle forma e executa a vontade da pessoa jurídica, como *funcionario* do ente colectivo, e não como individuo (*nicht als Individuum filr sich, sondern als Funktionär des Gemeinlebens filr die Gesammperson einen Willen bilden und ausführen*).^{103.c}

¹⁰³ Gierke, loc. cit., p. 25-26.

^{103.a} Gierk, ob. cit., p. 603 sg.

^{103.b} Ob. cit., p. 614 seg. e 629, 630 seg.

^{103.c} Loc. cit., p. 624-625, 676-677, etc.

Gierke reconhece no órgão da pessoa jurídica a mesma qualidade jurídica, que nós reconhecemos no *representante*, como em outra parte se verá.

17 b. — Um outro professor allemão, não menos distincto, Otto Mayer, declarando seguir na materia a opinião de G.Rümelin, se exprime do seguinte modo:

A ordem juridica existe por causa dos homens (*um der Menschen willen...*) O homem é a perna natural; ainda que a sua qualidade de pessoa não lhe venha da natureza. A personalidade só se da mediante a ordem juridica; muito embora seja conforme á natureza, que o homem a tenha. — *Der Mensch ist die natürliche Person. Nicht als ob er von Natur Person wäre. Persönlichkeit entsteht immer erst durch die Rechtsordnung; aber es ist naturgemäss, dass sie bei ciem Menschen entsteht...* Mas essa pessoa natural tem em si alguma cousa, de cujas manifestações se forma todo systema da ordem juridica, determinando-lhe os effeitos e fins: é a vontade. O homem não é, todavia, pessoa, por ser capaz de querer, mas porque vive (*nicht weil er willensfähig ist, ist der Mensch Person, sondern weil er lebt*)... O homem, entretanto, tem interesses e fins, cuja realização não se circumscreve á simples vida do individuo; passam além, e são communs cora os seus semelhantes, mesmo com aquelles, que só hão de existir para o futuro; e é a ordem juridica, que garante formas diversas, para serem effectuados taes interesses communs pela pessoa natural (taes são a associação, o direito hereditario, etc.)...— A pessoa juridica é ESSENCIALMENTE IGUAL A PESSOA NATURAL (*Die juristische Person ht der natürlichen Person vollkommen wesensgleich*). Aquella é, como esta, um producto da ordem juridica,— e nem mais juridica ou moral, nem mais ficticia ou imaginaria, do que esta. (*Sie ist, wie diese, ein Erzeugnis der Rechtsordnung und nicht juristischer oder moralischer als sie, noch fiktiver oder erdichteter*). A distincção entre ambas consiste apenas nisto: alli um individuo determinado, ao qual a pessoa serve, em dada extensão de seus interesses; — aqui uma pluralidade de individuos, aos quaes ella serve,

numa porção determinada de interesses, que lhes são communs. Consequentemente, enquanto a pessoa natural se exteriorisa num ser vivo, que lhe serve de *substratum*; a pessoa jurídica, pelo contrario, só pode apparecer debaixo de uma determinada figura, que resulta essencialmente da sua constituição. A pessoa natural sustém a sua individualidade pelo ser humano, a cujos fins ella serve; a pessoa jurídica, pela designação do seu objecto, isto é, da porção de fins communs de um dado numero de homens, para os quaes ella deve existir. A pessoa natural exercita a vontade do proprio Homem, efficiente por si mesma, para o qual ella existe; e quando, excepcionalmente, lhe falta a capacidade para fazel-o, a sua vontade deve ser exercitada por meio de *representação*, a qual tem ainda logar por intermedio do homem. A pessoa jurídica só tem vontade, e só a pode ter, por meio de representação, e esta não se pode dar, incertamente, por meio de quaesquer individuos, á cujos interesses ella sirva; depende de disposições particulares. Consequentemente, a designação do seu fim ou objecto e da sua maneira de representação são partes essenciaes da propria constituição da pessoa jurídica.¹⁰⁴

17 c. — No entender de Terrat, a associação é um todo indivisivel, formado pelos associados — um corpo (*un ensemble*) organizado de modo a attingir a um fim ou desempenhar uma função, na qual o sujeito de direito é: *“le faisceau âe toutes les volontés des associés, reunies en un tout harmonique et dirigee vers le même but”*.¹⁰⁵ E é esse corpo ou todo indivisivel, nascido immediatamente dessa união de vontades (*le faisceau de toutes les volontés*), que o citado autor declara ser, uma pessoa real, sujeito necessario e verdadeiro do patrimonio colectivo...¹⁰⁶

¹⁰⁴ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, p. 866-68. Leipzig, 1896. — Cf. G. Riimelin, *Methodisches üler di ejuristkhen Personen*.—(Freibürger Programm, 1891).

¹⁰⁵ Terrat, *De la personnalité civil* (Rapport citado).

¹⁰⁶ De Vareilles-Sommières, loc. cit., ns. 179-80.

17 d. — Para Hauriou o fundamento da *theoria* consiste na realidade do *phenomeno* da *representação*,— a dizer numa fusão da vontade do representante com a do representado. Desta fusão resulta uma vontade humana, distinta, capaz de impôr-se às outras vontades; mas, como não é no todo perfeita, precisa que o Direito lhe dê ou reconheça uma *continuidade* e *importancia*, que ella não tem na realidade. O que, aliás, é, segundo Hauriou, um processo familiar ao Direito, e que se pratica igualmente em relação á pessoa individual...

“ Or, dans la réalité des choses, les volitions des hommes sont intermittentes, changeantes, contradictoires; non seulement elles ne persistent pas dans le même objet, mais elles y varient constamment. Sur cette physionomie agitée, tumultueuse, bouleversée par tom les caprices et toutes les passions, qu'est la face volontaire de l'homme, le Droit a appliqué un masque immobile”...¹⁰⁷

Não são diferentes as volições da pessoa jurídica; mas, desde que se manifestam, o Direito se apodera dellas, para fazer a base da pessoa jurídica collectiva.

Entretanto, não se queira concluir dessa *necessidade de intervenção do Direito* na base da pessoa jurídica, que o autor citado reconheça ao Estado o poder de conferir ou recusar *personalidade* às associações e estabelecimentos; ao contrario, no seu entender, o exercicio de semelhante poder deve cessar. Trata-se de uma acção do Direito, que não é maior em relação á pessoa collectiva, do que em relação á pessoa jurídica individual: porquanto esta ultima não é o homem propriamente, e, sim, uma *construcção artificial*. — Muito embora composta de elementos subjectivos reaes, as volições; é, todavia, o Direito que as reduz á uma *unidade* e á uma *continuidade*, como acima ficou dito. Em resumo, a doutrina do autor consiste era partir da fusão das vontades individuaes,

¹⁰⁷ Hauriou. Leçons sur le mouvement social.—Cf. Michoud, ob. cit p. 38 sg.; Negulesco, ob. cit, p. 34 sg.

para dahi affirmar a existencia distincta de uma *unidade representativa*, a qual torna-se a *pessoa real* da associação aos olhos do Direito.

E dito isto, não precisa accrescentar, que semelhante doutrina não passa de uma forma da *Willenstheorie*, ainda que modelada por um processo mais engenhoso.¹⁰⁸

18. — O notavel professor L. Michoud não admite que a base da pessoa juridica consista *somente*, ou mesmo *principalmente*, no elemento — vontade, como outros tem pretendido.

Por isso, procurando dar-lhe uma outra *base* mais aceitavel, entende que, como ponto de partida, se deverá bem definir “o que é direito subjectivo”. Este, diz o autor, não é a vontade protegida pelo Direito, mas o *conteúdo* della, ao qual o direito dá, ou recusa, a sua sancção, segundo aquelle fôr o bem ou o mal.

“On ne peut vouloir sans vouloir QUELQUE CHOSE ; c’est ce quelque chose qui est l’objet de la protection legale, non pas uniquement parce qu’il est voulu, mais parce qu’il est conforme à l’ideal, quel qu’il soit, que le législateur s’est forme de l’ordre et de la justice. La loi protege, non la volonté, mais l’intérêt que cette volonté représente.”¹⁰⁹

O que importa o mesmo, que dizer, que o interesse é o elemento fundamental do direito; sendo titular delle o ente, individual ou colectivo, cujo interesse fôr reconhecido pelo direito. Não se deve, porém,

¹⁰⁸ Vide: Michoud, loc. cit.; Negulesco, loc. cit. De Vareilles-Sommières, ob. cit., ns. 190 sg. Regelsberger formula assim a sua opinião: o fim do direito é a garantia dos interesses humanos; mas muitos desses interesses não podem ser, no todo ou em parte, realizados de outro modo, a não ser, pelas forças reunidas de vzrios individuos. Daqui a razão da existencia de outros sujeitos de direito, que não os individuos: são as pessoas moraes ou juridicas. E si bem que não possuam individualidade corporea, são *sujeitos reaes*, e constituem organismos sociaes. O elemento vivificante, que possuem, lhes vem do homem; mas, como membros do organismo, agindo de conformidade com o seu fim, os individuos dão nascimento a uma união vital particular (*Verbandsleben*) e á uma vontade collectiva, distincta da vontade individual dos mesmos.—Vide: N. M. Korkounov, Cours de theorie générale du droit, trad. por M. J. Tchernoff, p. 221-24. Paris, 1903.—Cf. Regelsberger, Pandekten, 1.1, §§ 65 e 75 sg. Leipzig, 1893.

¹⁰⁹ Michoud, ob. cit., p. 46-47.

logo daqui concluir, que a vontade deixe de ser também elemento indispensável no direito; não por certo: ella não pode ser completamente ausente, ainda que se reduza a um elemento secundario, isto é, ella nem é a causa do direito, nem reside *necessariamente* no titular do direito.¹¹⁰

De accôrdo com taes *postulados* Michoud define o direito subjectivo “*l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protege au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre*”,¹¹¹ ajuntando logo em seguida: que o titular do direito é o ser (collectivo ou individual), cujo interesse é assim garantido, ainda mesmo que a vontade, que o representa, não lhe pertença, como propria, no sentido metaphysico da palavra; basta que essa vontade lhe seja socialmente attribuida, para que a lei, sem sahir do seu papel de interprete dos factos sociaes, a deva considerar, como sua, a dizer, do titular do direito ou interesse garantido por este.¹¹²

Este modo de dizer do autor, que coincide, aliás, até certo ponto, com a opinião de Jhering,¹¹³ levaria a entender, que não é possível a existencia de direitos, *fora de uma garantia juridica adquirida*; e como esta só é dada pelo Estado, — se poderia talvez querer concluir, que é o proprio Estado, quem crea o direito... Michoud, porém, se esforça, desde logo, em combater semelhante conclusão, affirmando, ao contrario, que o Estado é, sim, o interprete, mas não, o creador do direito.¹¹⁴

Não acompanharemos ao autor nos argumentos e considerações diversas que faz, no intuito de comprovar a verdade da

¹¹⁰ Ibidem. — Referindo-se a Willeiwtheorie, diz Michoud: Il est faux que le droit le considere en l'homme que ta tolonté; ce qu'il a en vue, c'est bien l'homme tout entier, avec ses besoins, ses aspiratims, ses desirs, avec son corps et ton âme; le droit n'est pae fait pour une entité abstracte et metaphysique, il est pour l'homme reel.

¹¹¹ Ibidem, p. 48.

¹¹² Ibidem, p. 49.

¹¹³ Segundo Jhering, o direito é a vontade geral; são os interesses juridicamente protegidos,—ou a segurança juridica de dispor ou gosar de determinado objecto. — *L'Esprit du droit romain*, §§ 70-71, e nota 486 á p. 317.

¹¹⁴ Michoud, loc. cit, p. 49-50.

definição que da ao “direito subjectivo”; apenas diremos, em poucas palavras, o modo, pelo qual elle expõe a sua doutrina da pessoa juridica, guardando accôrdo com a definição referida.

18 a. — Si o direito, ensina Michoud, quer corresponder as exigencias da humanidade, estabelecer a formula, que exprima, tão exactamente quanto possivel, as relações existentes na sociedade humana, elle não deve somente proteger o interesse do individuo, deve garantir tambem, e elevar a dignidade de direitos subjectivos, os *interesses collectivos e permanentes dos grupos humanos*. Elle deve permittir a estes grupos, serem representados por vontades — agindo em seu nome, ou em outros termos, tratá-los, como pessoas moraes. Reconhecer o grupo, como licito, é, *ipso facto*, reconhecer o interesse, que o mesmo prosegue, como digno de ser protegido, é reconhecer implicitamente a sua personalidade juridica.¹¹⁵

Com effeito, para que este ultimo facto se realise, duas são as condições necessarias, condições, que, como ficou dito, correspondem aos dous elementos, já assignalados, no direito subjectivo: um interesse distincto dos interesses individuaes, e uma organização capaz de manifestar (*degager*) uma vontade collectiva, e de representar e defender esse interesse.¹¹⁶ Ora, innegavel, como é, que ha interesses collectivos, distinctos, permanentes, tanto de natureza publica, como de natureza privada; e demonstrado, d’outra sorte, que se dá, ou se pode dar, a um grupo de individuos uma organização capaz de manifestar (*degager*) uma vontade collectiva, e de representar taes interesses nas relações da ordem juridica; nada mais se requer, para que se effectue o nascimento da pessoa moral ou juridica...

¹¹⁵ Ob. cit., p. 52 seg.

¹¹⁶ Ibidem

Em resumo, tal é o pensamento do autor, quanto ás condições *suficientes para dar nascimento* á personalidade moral; ajuntando, no entanto, a observação, de que semelhante nascimento se realisa, passando por duas phases sabidas: o ente colectivo é *apto* para ser personificado, desde que reuna ás condições alludidas; mas elle só se tornará *pessoa* moral ou juridica, quando fôr reconhecido pela lei positiva. A lei, fazendo este reconhecimento, não faz operação differente da que ella faz, reconhecendo a personalidade humana; muito embora, pela força das cousas, lhe caiba alli um poder mais lato de apreciação.¹¹⁷

O autor tambem não desconhece que essa vontade do grupo é mais ou menos *artificial*; que ella lhe *vem de fóra*, isto é, não nasce no proprio grupo; e que, em summa, o que ha, é uma *vontade legal* do grupo, em vez de uma *vontade natural*. Dá-se uma *representação* do grupo por meio de certas pessoas, sem que esta representação se explique pela vontade manifestada dos membros do grupo...¹¹⁸

De resto, sem a necessidade de proseguir nas formulas expositivas do autor, — é a esta entidade, distincta das pessoas individuaes, dotada de vontade legal, em vez de vontade propria ou natural, que Michoud qualifica de pessoa juridica real, e de maneira alguma ficticia, como pretende a escola dominante.

Deste ponto ainda teremos de dizer em outro lugar.¹¹⁹

¹¹⁷ Michoud, loc. cit.. p. 61, nota.

¹¹⁸ *Ibidem*.—As idéas principaes de Michoud foram, nomeadamente, analysadas e combatidas por De Vareilles-Sommières, o qual, como se sabe, não vê na pessoa juridica nada mais, do que uma *ficção doutrinal*, e nada mais que isto. Vide: “*Les Persones Morales*” cit.. ns. 206 seg.

¹¹⁹ Os conceitos expedidos por Giorgio Giorgi na sua importante obra — “*La dottrina delle persone giuridiche*” deveriam talvez levar-nos a classifical-o, sem injustiça, entre os que admittem a realidade das pessoas juridicas; preferimos, todavia, deixar o caso ao criterio do leitor competente, o qual, si não for melhor informado, poderá firmar juizo a esse respeito, attendendo para os trechos, que mais adiante serão transcriptos, contendo as idéas do illustre autor (n. 19c).

§ 5º VERDADEIRO CONCEITO DA PESSOA JURIDICA

19. — Não nos propomos fazer a critica particular de cada uma das opiniões ou theorias, de que temos feito menção, acerca da pessoa juridica, considerada como entidade *real* ou *natural*, trabalho, alias, não muito difficil, em vista dos argumentos contrarios e objecções, que já lhes têm sido contrapostos pelos seus adversarios.¹²⁰ Ao nosso proposito satisfaz saber que, embora divergentes, nos modos de dizer, ou mesmo, em certos pontos de importancia relativa, os partidarios da nova doutrina se mostram, não obstante, todos elles. de perfeito accordo na idéa fundamental,—de que toda associação ou fundação é um *ser novo*, *real*, formado, sem duvida, pelos individuos associados, mas, delles distincto, e provido dos caracteres essenciaes de pessoa, isto é, possuindo, como o proprio homem, a capacidade juridica.¹²¹

Isto posto, o que temos á accrescentar para encerrar a controversia, é dizer agora, segundo o nosso juizo particular, qual seja o verdadeiro conceito da pessoa juridica. E' o que esperamos fazer de modo breve e em linguagem, a mais clara possivel: começando desde logo, por advertir, sobre a significação propria, em que os vocabulos *natural* e *real* devem ser tomados, quando applicados á pessoa juridica. Si por *natural*, se pretende indicaram ente *creado* ou *saindo* PERFEITO do seio da natureza, é desnecessario declarar, que semelhante vocabulo não pode convir á pessoa juridica, a qual, sabidamente, é de formação ou organização humana.¹²² Do mesmo modo, si pelo vocabulo *real*, se pretende significar um ente *material* ou *physico*, isto é, accessivel aos sentidos: escusado seria tambem dizer, que a sua applicação repugna á

¹²⁰ Sobresahe entre elles De Vareilles-Sommières no seu importante trabalho " Les personnes morales ", e que já temos citado numerosas vezes.

¹²¹ Vide: De Vareilles-Sommières, ob. cit., ns. 149 e 230.

¹²² O facto do ser de *criação humana* nada impede ter uma *realidade distincta*. Todo quanto o homem produz é, em ultima analyse, uma creacao da sua vontade; mas, nem por isto, subsiste na mesma e idêntica unidade com o individuo; desliga-se, e constituo um ente ou objecto é parte.

dita pessoa. Mas, si pelo vocabulo real, se quer apenas significar que se trata de um ente, que tem existencia *certa, verdadeira, efectiva*, na ordem social, então não pomos duvida em affirmar, que o vocabulo pode com razão ser-lhe applicavel; porquanto a existencia da pessoa juridica, assim entendida, é, com effeito. uma realidade. Certo, *existencia efectiva* ou *real*, não é somente aquella que cae debaixo da percepção dos sentidos; ha alguma cousa mais de verdade irrecusavel, que escapa à esta percepção. O proprio homem, não precisaríamos lembrar, não é a materia visivel somente; ha nelle uma outra parte componente ou integrante. Chamem - na *espirito, mente, intellecto, função psychica*, pouco importa o nome; seja ella de natureza differente, ou não, da materia; a verdade é: que no homem existe alguma cousa mais, além da pura materia visivel...

As manifestações constantes, *effectivas*, da mente ou do intellecto, a dizer, as funcções psychicas, os phenomenos da intelligencia e vontade humana, *singular* ou *collectiva*, se impõem, sem admittir contestação possivel sobre a verdade da sua existencia. E pois, desde que assim é, e nem seria licito contestal-o seriamente,— porque negar o *facto* da pessoa juridica, sob o pretexto ou razão unica, de que a sua realidade escapa à acção dos sentidos? A objecção não tem a força, que se suppõe. A affirmação de que *só ha, só existe*, na vida humana, e em particular na vida social, o que é percebido pelos sentidos, nunca foi demonstrada, nem poderá jamais ser admittida em absoluto.

— Confessando muito embora que, em sua razão primeira e fim ultimo, o direito só existe em vista das pessoas physicas ou os individuos humanos (*quorum jus constitutum*), porque, supposta a sua ausência, já não haveria a chamada ordem juridica; comtudo é verdade, tambem não menos patente, que, na *ordem juridica ou social*, não são as pessoas physicas os *unicos sujeitos de direitos* que nella se apresentam. Ainda que tirando a sua origem ou formação das proprias pessoas

physicas, que são os elementos *primordiales* da mesma ordem jurídica ou social, não se pode negar, que, ao lado dellas, figuram e agem outras pessoas, cujos direitos lhes são próprios e, conseguintemente, tão respeitáveis, como os das primeiras. Como negar factos, que se realisam e se passam cada dia aos olhos de todos ?

— Ente formado pela intelligencia e vontade dos individuos humanos, para existir e agir como sujeito distincto de direitos e obrigações, de par com os seus próprios organisadores ou instituidores, a pessoa jurídica, embora não visível, como os *seres materiaes*, tem, não obstante, uma *realidade*, que se manifesta, activa e passivamente, num tempo e espaço determinados, de maneira inequivoca, irrecusavel.

19 a. — Objectarão talvez, que ella carece de uma qualidade essencial á pessoa: uma vontade, propria, distincta, e expressa por um órgão proprio. Responde-se : ninguém pretendeu jamais, que na pessoa jurídica se encontrem, de *modo identico*, todos os attributos da pessoa natural ou physica (porque, então, seria uma só e a *mesma entidade*); — mas, pela forma que lhe é peculiar, não se pode deixar de convir que a pessoa jurídica tem e exercita uma vontade propria, distincta da dos individuos. A sua vontade é aquella que as intelligencias e vontades individuaes lhe *transmitem*, como *qualidade permanente*, no acto da sua constituição ou organização—vontade essa, que se converte desde logo na capacidade *immanente* de querer tudo quanto for necessario aos seus fins — *exprimivel* e *exequivel* pelos seus órgãos ou representantes legitimos,— conjunctamente previstos e creados, como partes integrantes da sua formação em entidade distincta. Sem duvida, não se comprehende a existencia de uma pessoa, si á ella faltar em *absoluto* um órgão que lhe manifeste a vontade; e tanto assim entendemos, que considerariamos, como *simples cousa*, qualquer que seja a somma de direitos que envolva,— todo *ser* ou *organisação*, que não tiver um órgão da propria vontade. Isto, porém, não se dá com a pessoa jurídica; porquanto, seja

ella *pessoa publica*, como o Estado ou o Municipio, seja *pessoa privada*, como a associação particular ou a fundação, ninguém contesta, que na sua constituição entra, como parte essencial, a dos seus órgãos (individuos humanos) para represental-as, activa e passivamente, nas diversas relações que lhes concernem. E' por isto que Pothier, qualificando-as de "pessoas intellectuaes", não esquecera, já então, de ajuntar a seguinte advertencia:

"De ce qu'un corps est une personne intellectuelle, il s'ensuit qu'il ne peut pas faire par lui - même tout ce que nous avons dit que les corps etaient capables de faire comme contracter, plaider, etc, etc. Il est d'abord DE LA NATURE DE CHAQUE CORPS d'avoir un ou plusieurs procureurs, par l'organe desquels il puisse faire ces choses —Proprium est universitatis habere procuratorem seu syndicum.¹²³

E' o que se chama *representação juridica*; a qual é para esta especie de pessoa, como se disse, uma *necessidade* ou condição institucional da propria personalidade; necessidade, de que a pessoa physica tambem não se dispensa no todo,— *querendo e agindo*, muitas vezes, por meio de *representantes*, como, sabidamente, succede com o menor, o louco, o demente incuravel, etc, etc.

O facto da representação, entendida na sua verdadeira accepção, em nada destróe ou diminue a *pessoa do representado*¹²⁴; pelo contrario, o que está consagrado no instituto da representação é: que o acto do representante é acto do proprio representado. E' assaz conhecida a regra do direito romano: — *Quod quis per alium fecit, ipse facere videtur* (Dig. I. XXVI, tit. 7, 5, § 1°).

¹²³ Pothier, ob. cit., n. 212.—Em outra parte deste trabalho se dirá acerca da distincção que alguns fazem entre *órgãos*, *representantes*, e *funcionarios*, sob o ponto de vista da responsabilidade da pessoa juridica— Estado, e bem assim, o que se deve entender pelo instituto da representação em seu sentido stricto, como figura distincta da *procuração*, *mandato*, *gestão de negocios* ou *relação institoria*, etc.

¹²⁴ Hic, Titulo Primeiro, Cap. III, e Tit. Segundo, Cap. IV.

A vontade e acção colectiva, diz Gierke, apparecem como affirmação da vida da personalidade immanente no ser colectivo (*der einem Gememinwesen immanenten Persönlichkeit*), o qual só se torna agente na esphera juridica, quando ahi se apresenta por seu órgão externo, consagrado pelo direito... E', porém, ajunta o autor,— a propria pessoa colectiva, quem quer e age pelo seu órgão referido (*ist es die Gesamtperson selbst, welche dureh ihr Organ will und handelt*).¹²⁵

Parece - nos mesmo que, á vista dos factos da vida social, não seria licito contestar semelhante verdade.¹²⁶

19 b. — Igualmente não podemos admitir que a pessoa juridica seja mera *creação da lei*,— outra forma de theoria da ficção; ainda que não se recuse, que a lei lhe possa restringir determinadas faculdades ou exigir mesmo o preenchimento de dadas condições legais, segundo o objecto ou fins particulares da pessoa juridica. Deste ponto já se disse anteriormente, (n. 8) e delle ainda teremos occasião de tratar mais adiante.

E porque considerar, de preferencia, a pessoa juridica, como simples *ficção legal*, quando esta nada explica, e para nada serve ?

Ou, para que identificada com a propria *cousa de um fim determinado*, (*Zweckvermögen*), em contradicção palmar com a regra fundamental do direito, segundo a qual, a coisa, ou é um objecto sem

¹²⁵ Ob. cit., p. 624 sg. O autor citado menciona em notas varias decisões judiciais, confirmativas da sua opinião.

¹²⁶ Albert Haenel (*Deutsches Staatsrecht, § 13 sg.*) disse que a analyse dos factos mostra que não ha, nem *ser* nem *pessoa* na corporação (associação em geral), e apenas uma relação de vontades humanas individuais agindo em commum (*zusammenwirkender menschlicher und individuelle Willen*) que, *realidade*, só ha e só pode haver nos individuos. Entretanto, é tal a força da verdade das cousas, que o mesmo autor, logo não muito depois desta objecção, advertira: —“Não se põe, porém, em duvida nem a unidade *real* da corporação nem que o *ser* da mesma seja um todo real ou organismo real... “— *Ist schlechterdings nicht die reale Einheit des korporativen Verbandes, ist nicht das Wesen desselben als eines realen Ganzen, als eines realen Organismus in Frage gestellt*” Loc. cit., p. 101.

dono (*res nullius*), ou é um direito pertencente a um sujeito, isto é, á uma pessoa ?...

O proprio De Vareilles-Sommières, adversario decidido da existencia da pessoa moral ou juridica, não ponde deixar de confessar que a doutrina da pessoa juridica, *real, natural*, "é boa nos seus intuitos e conclusões: 1º porque nascera de uma justa reacção contra as consequencias intoleraveis da doutrina da escola em materia de associação; 2º porque ella tem o sentimento nitido desta verdade,— *que á associação cabe o direito natural de possuir e adquirir* da maneira que lhe aprouver; 3º porque ella desfechou os primeiros golpes no castello de cartas, onde essa verdade se achava prisioneira, castello, que só era forte, porque todo o mundo acreditava na sua solidez. "¹²⁷

19 c. — Tambem Giorgio Giorgi, não obstante a prudencia e imparcialidade, com que se propoz analysar as differentes theorias da pessoa juridica, não poudes deixar de externar-se por este modo:

"Del resto credo anch'io, che la personalità giuridica non sia un vacuo nomen juris; e la conferma di questa convingione la trovo esaminando l'ultimo e piú vero sistema inuiato dai publicisti. Non so se recordando el Baron (Die Gesammtrechts - Verhältnisse im röm. Recht, § 1), il Beseler (Volksrecht und Juristenrecht, p. 173; System des deutschen Privatr., p. 236), il Salkowsky (Bemerkungen zur Lehre von

¹²⁷ De Vareilles-Sommières, ob. cit., ns. 148, 252 e 256. Já se sabe, que esse autor combate, como não verdadeiras, tanto a theoria da *ficção legal*, como a da realidade das pessoas juridicas. Para elle nao ha pessoas juridicas, — distinctas das pessoas phycas on associadas (loc. cit. numeros, 230 sg.); e, po risso, tendo de dar uma definição da pessoa juridica, disse : "*C'est une personne fictive d'origine purement doctrinale, et qui, pour les seuls besoins de la pensée et du langage, est censée titulaire de droits et d'obligations qui appartiennent en réalité á des personnes veritables.*" (Ibidem, n. 319). Para tornar o seu pensamento mais claro ou mais completo, ainda insistira: — "*La personne morale est une personne fictive, d'origine purement doctrinale, qui, dam les associations soumises à un certain regime, et pour les seuls besoins de la pensee et du langage est censée unique propriétaire, créancière, débitrice des biens, des créances, des deites, dont les associes, comme tels, sont en réalité copropriétaires, cociéanciers, codebiteurs.*"—O citado autor tratou juntamente de demonstrar, ao seu modo, as diferenças, pelas quaes esta sua definição se distingue das theorias correntes. (Loc. cit., ns. 325 sg.)

den juristischen Personen, p. 4), il Lasson (Princip and Zakunft des Volksrechts, p. 122 - 140) tra i maestri di sifatto sistema, io, mt apporei ai vero, quatanque non manchino coloro che gli battettano prr tali. Non v'é dubbio: l'universitas personarum, guardatel - a corne subietto di diritti publici, guardatel - a come subietto di diritti privati, é uri ente cóllectivo umanamente composto e ordinato; é un ente morale, perche avendo per base la natura humana ha, come l'uomo individuo, dei diritti... Unione di elementi o forte morali, cioè di uomini diretti dali a intlligenza e da lia voluntá; e quindi unione munita di diritti.—Ordinamento di questi elementi in modo da costituire un SOLO TUTTO, che sodisfi a un scopo comune conforme alia legge medesima, e distribuisca fra i vari elementi dei corpo sociale facóota e fumioni svariata, ma conspiranti a il bisogno dei tutto.—L'UNIVERSITAS É DUNQUE UNA REALITÁ, quando si prenda la parola non come sinonimo di cosa che cada sotto i sensi, ma come il contraposto di un mero parto dell'imaginazione. Tanto é lungi che l'associazione umana presa come unitá ordinata sia una mera astratione, che la moderna sociologia istruita alia scuola de Spencer ne fa un corpo vivente, ai quale, come agli esserí físicos, adatta le leggi della biologia. Io non vado davvero fino a quetto punto. Mi basta, che l'rente cóllectivo, se non é un organismo fisico, come il corpo animale e le piante, sia pêro un organismo etico, un ente morale NON MENO VERO E SUBSISTENTE, degli organismi corporei. Sia l'opera parte della nutura e parte dell'uomo e trovi nella natura umana, non già física benzi morale, le conditioni di nascimento, di vita e di progretto. Date a questo ente cóllectivo l'esercizio dei diritti privati, ed avrete la persona giuridica".¹²⁸

Como se vê, a theoria de Giorgi não diverge em muito do conceito particular da pessoa jurídica *real*, segundo a melhor doutrina professada a esse respeito.

19 d. — Concluindo, portanto, a nossa exposição, não duvidamos lançar a seguinte these:— a pessoa jurídica é um ente *creado*, ou dizendo talvez melhor, *formado* pela vontade de pessoas físicas, e cuja existencia se manifesta na ordem social:

¹²⁸ Giorgio Giorgi,—loc cit, n. 22. Este autor confessa, que o seu modo de vêr está de accordo com Dernburg na sua obra Pandekten, §. 500. (edição de 1896).

1) por um facto visível, *consistente* na união institucional de pessoas phycas, ou numa massa determinada de bens, ou, ainda mais commummente, no concurso de ambos estes elementos;

2) pelos actos e factos reaes que constituem a esphera de actividade do ente formado no proseguimento ou realisação do seu objecto e fim;

3) pela applicação ou cumprimento das disposições da lei, segundo ás quaes, se verifica á legitimidade da sua existencia e de seus actos, como sujeito de direitos e obrigações, isto é, como pessoa juridica, propriamente dita.

Ora uma entidade, dotada de *taes* caracteres externos, existindo em relação immediata com os demais sujeitos de direitos que apparecem na ordem social,— não seria licito qualificar e tratar de simples *ficção*, ou de *cousa com um fim*; porque ella se apresenta, realmente, como um *sujeito distincto*, e não como *objecto* pertencente a um sujeito. Si não é de considerada, em tudo *igual* á pessoa phycica,— nada repugna que ella seja tida igualmente, como pessoa, embora de natureza e denominação differente; e como a sua razão de ser ou fim é o de *figurar* na ordem do direito, lhe cabe, sem duvida, melhor do que nenhum outro, o titulo de pessoa juridica, que presentemente se lhe dá.

Finalmente, não ignorada a accepção technica (*nota 17*) ou peculiar, que os jurisconsultos dão á palavra — pessoa, isto é, synonimo de qualidade, em virtude da qual se tem certos direitos e obrigações, ou no dizer de Ribas, um *attributo sempre immaterial*, mas que, ou pela natureza ou pela lei, está ligado á um ente existente no mondo phycico, on por elle se manifesta,¹²⁹ dizendo-se por isso, que um só homem, on ama só pessoa phycica pode reunir em si muitas pessoas (a de pae, de

¹²⁹ Ribas, ob. cit., t II. p. 7 seg.

filho, de marido, tutor, etc, etc.¹³⁰); é no todo manifesto que, assim entendida, o *status* ou a *qualidade*-pessoa não é *exclusiva* do homem.— E' igualmente applicavel a todo ente que figura na ordem juridica, como titular distincto de direitos; queremos dizer: tanto se pode applicar ao ente colectivo — associação, formada por diversos individuos num fim licito, e dotada de interesses distinctos dos seus membros, tomados singularmente, como, á instituição permanente de bens para um fim util (*fundação*), feita pela vontade de um ou mais individuos.

Em uma palavra, a pessoa juridica resulta da vontade das pessoas physicas, operando sobre determinadas cousas era vista de um fim racional e util; manifesta-se na vida social por actos e factos proprios, que a *individualisam* ou *caracterisam* de modo particular e distincto, e, consequentemente, constituindo: um sujeito de direitos, real, efectivo, e não imaginario ou ficticio, nas relações que desenvolve e mantém na ordem juridica com os demais sujeitos de direito, sejam estes de identica natureza ou de natureza diferente.

§ 6º ESPECIES DA PESSOA JURIDICA

20. — Considerando-se a origem, o fim, e as modalidades diversissimas, com as quaes ella se apresenta no scenario da vida social, a pessoa juridica reveste formas e especies, por assim dizer, infinitas.

Não temos, porém, que tratar no momento das varias *qualidades accessorias*, que distinguem as pessoas juridicas, umas das outras, nas breves indicações que ora nos propomos fazer; apenas procuraremos attender aos seus *caracteres essenciais*, que possam levar

¹³⁰ Ibidem.—E' o mesmo conceito de Wolff, quando disse: "*Homo persona morales est, quatenus spectatur tamquam subjectum certarum obligatione atque iurium cerforum*" (Inst. Jur. Nat. § 96.— Cf. Toullier, *Le droit civil française*, n. 182.—Bruxelles, 1845.—Maynz, ob. Cit., § 96.

á uma *classificação generica* das referidas pessoas, e á nada mais do que isto.

Particularisado deste modo o nosso pensamento, e tendo, sobretudo, em vista a importancia de seus fins, e as faculdades de que dispõem ou os direitos que podem exercitar,—as pessoas juridicas se dividem: em pessoas do direito publico e pessoas do direito privado, sejam nacionaes, sejam estrangeiras.

As primeiras são: o *Estado*, e as suas divisões politico - administrativas mais communs, a *Provincia*, e o *Municipio*, bem como, qualquer outra instituição do direito publico, revestida de personalidade juridica.

As segundas, tomada a materia em seus caracteres especificos mais geraes, são: as *associações* (alguns preferem dizer — *corporações*) e as *fundações*.

Esta divisão está hoje consagrada na litteratura juridica por escriptores dos mais eminentes, e admittida nos textos do direito positivo.¹³¹ Por isto, nos dispensando de entrar no exame das suas razões justificativas,— nos limitaremos, nesta parte do presente estudo, á uma breve resenha *das especies* da pessoa juridica, que são reconhecidas no paiz, nos termos da lei brasileira.

— Pela legislação anterior do Imperio eram consideradas pessoas juridicas do direito publico: o Estado, a Província e o Municipio.¹³² No regimen actual da Federação, no qual o paiz se acha constituido, as

¹³¹ Vide: Georgi, ob. cit., t.1, n. 185, p. 447:—*Cod. Civ. Argentino*, art. 83 seg.; *Cod. Civ. do Uruguay*, art. 21; P. C. C, art. 13 seg. etc.

¹³² *Const. do Imperio*, arts. 1, 2, 167, 168 e 169; Lei de 12 de Agosto de 1884; Av. de 6 de Abril de 1885; Circ. de 13 de Outubro do 1888 ; Lei n. 514 de 24 de Outubro de 1848, art. 16; Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850, art. 8º, § 1º; *Consolidação das leis civis*, arts. 62 a 61; Lei de 1º de Outubro de 1828, etc., etc.

peessoas juridicas do direito publico são nomeadamente: 1) a União,¹³³ isto é, a Nação constituída sob a forma de *Estados Unidos do Brazil*; 2) cada um dos Estados - federados;¹³⁴ 3) o Districto Federal;¹³⁵ 4) cada um dos municipios legalmente constituídos¹³⁶ nos Estados da Federação; 5) as pessoas estrangeiras¹³⁷ do direito publico (Estados, nações, etc.)

Na sua *representação* em actos contenciosos, ou mesmo na pratica administrativa ordinaria, se costuma designar a União pelo titulo de *Fazenda Federal* ou *Nacional*; o Estado - federado pelo de *Fazenda Estadual*, e o Municipio (inclusive o Districto Federal) pelo de *Fazenda Municipal*.^{137.a}

21. — Conforme ao nosso direito civil vigente, as pessoas juridicas do direito privado, são: 1) as sociedades civis (*lato sensu*); 2) as associações (*sociedades civis especificadas*) de fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos ou de simples recreio; 3) as sociedades mercantis ou commerciaes; 4) as companhias ou sociedades anonymas; 5) os syndicatos agricolas; 6) as instituições pias (*fundações*);¹³⁸ sobre todas as quaes, cumpre ajuntar os seguintes esclarecimentos.

A distincção das *sociedades civis* em duas categorias particulares resulta dos proprios textos da lei: uma regulada pelas

¹³³ *Const. Federal*, arts. 1, 8, 7,15, etc.

¹³⁴ *Const. Federal*, arts. 2, 4, 6, 9, 63 a 65, etc.: Decr. do Gov. Provisorio n. 1 de 15 de Novembro de 1889 ; - Id. id. B. 860 de 26 de Abril de 1890, etc.

¹³⁵ *Const. Federal*, art. 67; Decr. do Gov. Provisorio n. 1, art. 10; Id. id. n. 50 a de 7 de Dezembro de 1889; Id. id. n. 198 te 6 de Fevereiro de 1880; Id. id. n. 218 do 25 de Fevereiro do 1890; Lei n. 85 de 26 de Setembro de 1892, etc.

¹³⁶ *Const. Federal*, art. 68; Decr. do Gov. Provisorio, etc., n. 360 do 26 de Abril de 1890, etc.

¹³⁷ *Const. Federal*, arts. 59, I. d), art. 60, e). — Cf.: T. do Freitas, *Esboço do C. Civil*, art. 378 seg.; — C. de Carvalho, *Direito Civil Brasileiro*, art. 116 seg.; P.C. Cr, arts. 13, 17 e 18, etc.

^{137.a} Essa designação tom assento em leis positivas. Não se Ignora, que, conforme ao direito romano, o Estado era tambem tratado de "aerarium ou fiscus" nas suas relações de direito patrimonial.—Savigny, *Tr. de droit romain*, § 88.

¹³⁸ C. de Carvalho (ob. cit., art. 152) faz ama resenha mais detalhada acêrca das pessoas juridicas do direito privado, segundo a legislação brasileira.—Cf. *P. C. C*, art. 16.

disposições do direito *commum*, ou, como se disse expressamente,— pelas *regras geraes de direito*; e outra regulada, de maneira especial, pelo decreto legislativo n. 173 de 10 de Setembro de 1893 (art. 15), de que adiante se fará menção.

O nosso direito *commum* ou civil, propriamente dito, carece de disposições completas, explicitas, que regulem de modo satisfactorio os differentes actos e factos relativos ás sociedades civis da primeira categoria.

Entretanto, sendo ditas sociedades civis, ás de fins economicos, na sua estrutura e forma, analogas ás sociedades mercantis, se podem considerar, como igualmente applicaveis áquellas, os principios ou regras geraes, que regem estas ultimas. Como as sociedades mercantis, tem ellas, efectivamente, a sua origem em um contracto, e, uma vez celebrado este na devida forma, adquirem personalidade juridica, distincta dos individuos, que as constituem; tal é a lei e a nossa jurisprudencia (Cod. Com. art. 287 e seg.; Consol. das leis civis, art. 742 - 766 ; P. C. C. arts. 16, e 1366 e seg.)

— Como sociedades civis da segunda categoria, acima dita, são de contemplar aquellas que a lei denomina— “associações para fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos, ou de simples recreio”.— São as sociedades, tambem qualificadas na linguagem dos autores, de *sociedades de fins ideaes*; e entre ellas se acham agora comprehendidas as que, segundo a nossa legislação anterior, se denominavam *corporações ou corpos de mão morta*.—Corporações, define Ribas, são as pessoas juridicas, encarnadas em collectividades de pessoas naturaes, que alias se podem substituir por outras, sem que aquellas se alterem (Dir. Civil Brasileiro, t. II, p. 125).¹³⁹

¹³⁹ São sociedades, *só instituidas*, para fins de utilidade publica, como *comunidades religiosas, ordens terceiras, confrarias, irmandades*, etc., etc., comtanto que sejam

Desapparecido do direito patrio, como ora succede, o instituto *da mão-morta*, todas ellas, uma vez organisadas de accordo com a nova lei, gosam de personalidade juridica, distincta da dos respectivos membros; podendo exercer todos os direitos civil concernentes aos fins de cada uma dellas (Const. Fed., artigo 72. § 3º; Decr. n. 178 cit., art. 5º; Hic, p. 72).

— As sociedades mercantis ou commerciaes, com personalidade distincta dos individuos, que as compõem, estão expressamente autorisadas e definidas no nosso direito commercial vigente (Cod. Com., art. 287 - 294), quer de modo geral, quer de modo particular, relativamente as formas especiaes differentes, de que se revestem. (Cod. Com., art. 295 - 358). A todas ellas jamais se deixou de reconhecer nma personalidade juridica, capaz de exercitar os seus direitos, activa e passivamente.

— As sociedades anonymas, tambem chamadas “companhias”, não são entre nós, exclusivamente, de natureza e fins commerciaes ou industriaes. como, á primeira vista, se podia suppor. Muito embora sejam ellas, em regra, organisadas em vista de explorações ou operações importantes do commercio e da industria, nada impede, que tenham tambem outro objecto ou fim diferente,— e as nossas leis assim o autorisam expressamente (Dec. n. 434 de 6 de Julho de 1891, arts. 2º e 3º; Decr. cit., n. 173 de 1893, art. 16).

Nos termos da lei brasileira se póde dizer, que a organização das sociedades anonymas é *livre*; dependendo, tão somente, de autorisação do governo a organização de algumas dellas, que, pelo seu objecto e fins especiaes, não devem escapar á fiscalisação immediata do poder publico. Mas quer umas, quer outras, gosam de personalidade

legalmente autorizadas e teaham patrimonio seu. T. de Freitas, *Vocab Jurid.*, Appendice II;— C. de Carvalho, ob. cit., artigo 152 seg.

juridica na verdadeira significação deste vocabulo (Lei n. 3150 de 1882; Decr. n. 8821 de 1882 ; Decr. do Gov. Prov., n. 164 de 1890; Decr. cit., n. 434 de 1891).

As sociedades anonymas estrangeiras tambem gosam no Brazil de personalidade juridica, desde que forem devidamente autorisadas a funcionar no territorio nacional (Decr. n. 2711 de 1860, art. 46; Dec. cit., n. 434 de 1891, art. 47 seg; P. C. C, art 17 - 18).

— A organização dos syndicatos agricolas foi autorisada por lei de data recente, no intuito declarado de favorecer os interesses da agricultura e industrias ruraes; sendo-lhes reconhecida, expressamente, a qualidade de pessoas juridicas. (Dec. legislativo n. 979 de 6 de Janeiro de 1903).

— Debaixo do titulo de “instituições pias ou fundações” se comprehendem as pessoas juridicas, que, embora se manifestem por certos homens e se liguem a certas cousas, podem subsistir sem elles, de sorte que, quando estes desapareçam, podem ellas servir-se de outros meios de manifestação.¹⁴⁰

E’ difficil dizer com segurança, qual o direito, que regula presentemente as fundações no Brazil. Pretende-se , que a respeito das mesmas cessaram igualmente as restricções postas pelas *leis de mão-morta*, em virtude do art. 72, § 3º da Constituição Federal. Mas, talvez, não se tenha bem attendido, que o disposto nesse texto se refere expressamente “*aos individuos e confissões religiosas que se associarem para exercer o seu coito, adquirindo bens*”, etc.; queremos dizer, as palavras finaes do texto “*observados as disposições do direito commum*” *parecem* ter applicação manifesta ás pessoas juridicas-*associações*, e não, as pessoas juridicas-fundações; a menos que não se lhes queira dar uma

¹⁴⁰ Ribas, loc. cit., p. 135.

interpretação livremente ampliativa, segundo a regra "*benigna amplianda*"...

— Não se ignora que o Decr. n. 119 A de 7 de Janeiro de 1890, que extinguiu "o *padroado* com todas as suas instituições, recursos e prerogativas", reconheceu expressamente a personalidade jurídica de todas as *igrejas e*¹⁴¹ *confissões religiosas*, para adquirirem e administrarem bens; mas, importa também não esquecer, que, á essa capacidade reconhecida de *adquirir bens e administral - os*, se adicionara logo a condição "sob os limites postos pelas leis *concernentes á propriedade de mão - morta*" (Decr. cit., art. 5º). Quanto ao decreto posterior, n. 173 de 1893, não nos parece, que em nada viesse modificar o estado de cousas; pelo contrario, tendo sido votado pelo Congresso Nacional para dar cumprimento ao disposto no art. 72, § 3º da Constituição Federal, o mesmo só se occupara das associações, como querendo, deste modo, significar, que o texto alludido não se refere, senão a estas...

O que concluir, pois, sobre a situação jurídica actual das fundações? Ao nosso ver, não havendo ainda na Republica lei, que regule a sua organização fora das restricções outr'ora impostas pelas leis de *mão-morta*, é duvidoso dizer,— si ellas podem ser agora instituidas LIVREMENTE, tendo personalidade jurídica *per se*, como o decreto de 7 de Janeiro de 1890 o reconhecera em favor das então existentes.¹⁴²

¹⁴¹ Segundo as leis do Imperio na palavra—Igreja, se comprehendia, tanto a Igreja Catholica, como o bispado, o seminário, a capella, etc. O bispado, na sua qualidade de pessoa jurídica, se chama *Mitra*, a capella, *Fabrica*.

¹⁴² A duvida sobre o reconhecimento legal das *peçoas jurídicas-fundações*, de que acima fallamos, apresenta-se, sobretudo, com relação aos *bispados e parochias*, creados exclusivamente pela autoridade eclesiastica, depois da separação da Igreja, do Estado, no novo regimen da Republica. A lei eclesiastica, por si só, basta para que se apresentem, como taes, perante os poderes civis? Certo, que não.

Sobre o que se entendia " *por corpos de mão morta* " na legislação do Imperio e restricções desta, é de ver: Ribas, ob. cit., p. 144-147; Consol. das leis civis, art. 69 e notas ibi.; Ferreira Alves, Juizo da Provedoria, § 466 sg. e notas. (8. Paulo, 1897, 3ª edição).

21 a. — Deixamos de incluir entre as pessoas juridicas do direito privado a *herança jacente*, não obstante saber, que já o direito romano lhe havia reconhecido a *capacidade de figurar*, como si fora *pessoa* (*nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est.* - Dig. I. XLI, t. 3, 15). Mas assim o fizemos, por não consideral - a susceptivel de personalidade juridica, em vista dos principios por nós adoptados sobre a natureza ou character essencial desta.

“A herança jacente, diz Seabra, si não representa a pessoa do defunto ou do herdeiro, para quem passa no momento da sua morte, não representa cousa alguma; é uma massa de bens sem dono, que seria *primi capientis*, si a lei não lhe desse applicação. Entre os romanos foi, na verdade, considerada como pessoa, mas, somente a certos respeitos, privativos das suas instituições, como a escravatura e a usucapião”.¹⁴³

Tal é, com effeito, a verdade historica.

Além disto, collocando - nos somente no ponto de vista do direito patrio, é licito affirmar, qae o mesmo desconhece, praticamente, as chamadas *heranças jacentes*, no sentido restricto de cousa sem sujeito; porquanto, pela morte do defunto, passa LOGO a herança para os herdeiros, testamentarios ou legitimos, ainda que ausentes estejam; e, na falta destes e de conjuges, se devolve a Fazenda Nacional, — considerada, como *bens vacantes*.¹⁴⁴ Tem, portanto, sempre um sujeito, presente ou não, ao qual a mesma pertence.¹⁴⁵

¹⁴³ Seabra. *Novissima Apostilla*, p. 130.—Ribas (loc. cit., p. 121 seg.) explica quaes foram os motivos especiaes, que levaram os jurisconsultos romanos a considerar a *herança jacente*, como *pessoa*, para fins determinados. Se pode vêr tambem a esse respeito:—T. de Freitas, *Esboço*, cit., *notas* ao art. 278.

¹⁴⁴ Vide: Ribas, loc cit.. p. 123-126 e notas ibi.

¹⁴⁵ De Vareilles-Soramières (ob. cit.. n. 1557) “ Ot direitos que se attribuem a pessoa ficticia pertencem, neste caso, ainda e necessariamente, á uma ou mais pessoas reaes. Não é o defunto, que não é mais uma pessoa real, e nem pode mais ter direitos ou interesses. Evidentemente são os que tem direito á successão, quaesquer qae sejam. São ainda desconhecidos; mas é certo, qu e os ha. E’ a elles, de quem a lei cogita. A successão, si ainda nao é delles, é para elles...”

§ 7º CAPACIDADE DA PESSOA JURIDICA

22. — E' pouco o que pretendemos dizer debaixo deste titulo: nada mais, do que ligeiras indicações, que nos parecem indispensaveis ás considerações, que hão de vir ulteriormente, ao correr do nosso principal assumpto.

Antes de tudo, compre não confundir a *capacidade juridica* com a *personalidade juridica*, como alguns tem pretendido: esta é o status personae,— o sujeito de direitos: aquella é a *medida* ou *compreensão* dos direitos e obrigações, que, activa e passivamente, competem ao sujeito, seja elle de natureza physica, ou não.

Assim como succede com as pessoas physicas, as quaes nem todas tem *igual capacidade*,— segundo se trata do individuo, *maior* ou *menor, são, ou mentecapto*; assim tambem, se dá com a capacidade das pessoas juridicas, a dizer: ella pode comprehender mais ou menos direitos, segando a sua natureza especifica e a diversidade do seu objecto ou fim particular.

Ainda que não seja licito affirmar, que a grande discussão, ainda agora persistente, acerca do conceito fundamental da pessoa juridica, deixe de influir na determinação da capacidade desta; é, todavia, certo que, tanto os partidarios da simples ficção (*Fiktionstheorie*), como os da cousa com um fim determinado (*Zwecch-Vermögen*) são accordes em admittir, que *ess'outro sujeito de direitos*, que não o homem,— *ficticio* ou *real*,— deve ter a precisa capacidade para os actos ou factos que concernem aos seus escopo e fins. E foi por isto, que Mommsen não duvidara fazer a esse respeito, a seguinte observação:— que a discussão sobre o conceito da pessoa juridica carecia de toda a importancia para o

Giorgio Giorgi sustenta identica opinião, de modo verdadeiramente concludente, quer em relação á herança jacente, quer em relação á massa falida. Ob. Cit. T. I, p. 102. seg.

direito pratico; porquanto, ou se diga que as pessoas juridicas são pessoas, ou que o direito as trata tão somente como taes,— isso importa a mesma cousa, pelo que respeita ás suas relações juridicas (*Kommt für die Regelung der Rechtsverhältnisse genau auf dasselbe hinaus*).¹⁴⁶

22 a. — Examinando-se , entretanto, a questão no terreno das theorias, notam-se ahi dous modos de ver, assaz discordantes, acerca da capacidade da pessoa juridica. No entender de uns, esta capacidade é sempre “*marcada na lei*” e restricta ao fim da respectiva pessoa;— no entender de outros, razão não há para semelhante *restricção*, e, ao contrario — a capacidade da pessoa juridica pode ser tão plena, quanto a das pessoas physicas, menos, tão somente, quanto a direitos, que seriam incompatíveis com a sua natureza, a dizer, os direitos de família propriamente ditos.

No ponto de vista, em que se collocam os partidarios da *restricção*, os direitos, que a pessoa juridica pode exercer, são unicamente os direitos patrimoniais (*jura in re*) e os direitos *correlatos* das obrigações resultantes;— porque, segundo se pensa, os fins da pessoa juridica, quaesquer que sejam as suas modalidades, ou são *cousas*, ou se referem directamente a estas.

“Restano, dopo la proprietà, le obligationi, che essendo diritti patrimoniali tono coprese nel ciclo di capacita delle persone giuridiche...La pienezza dunque della personalità giuridica posta in esercizio viene a risultare dalla capacità di godere qualunque diritto patrimoniali nell’ambito della proprietà e delle obbligazioni.”¹⁴⁷

E’ a capacidade de possuir, diz Giorgi, ou, usando da linguagem clássica — *uma res communis, una arca communis*, senão “*in*

¹⁴⁶ Mommsen, Abriss des röm Staatsrechts, p. 81.

¹⁴⁷ Vide: — Giorgi, ob. Cit., ns. 108-109 seg.

atto, almeno in potenza”— em torno da qual se pousam agrupar as aquisições futuras.¹⁴⁸ O texto romano dizia:

Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum reipublicae, habere res communes, arcam communem, et actorem sive syndicum, per quem tamquam is republica, quod communite agi fierique opoteat, agatur, fiat.— Dig. I.3, t. 4, § 1º

Neste texto trata-se , segundo se vê, de entidades resultantes da união de pessoas físicas, “*universitas personarum*” tais como, *collegia, decuriae, societates, sodalicia*, etc.; não se ignora, porém, que o mesmo direito também reconhecia capacidade jurídica a certos estabelecimentos de utilidade pública, e até, a determinado conjunto de bens ou interesses, qual succedia com a herança jacente, de que já se disse.¹⁴⁹

E não há negar. Assim como a teoria, que só vê na pessoa jurídica uma *simples ficção legal*, logrou tornar-se a doutrina da escola, assim também, a teoria, que restringe a capacidade da pessoa jurídica aos direitos patrimoniais e relações correlatas, tem sido, e continua a ser, — a lição corrente da maioria dos autores. Savigny definira, mesmo, a pessoa jurídica: “ um *sujeito do direito dos bens*, criado artificialmente,” — querendo com isto dizer, que a sua capacidade era restricta, isto é, só

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Debaixo do título de “*universitas*” o direito romano compreendia igualmente: o Estado, as províncias, os municípios, as comunas, (*vici*) e as colônias. Considerado como pessoa de direito civil, o Estado era denominado *aerarium* ou *fiscus*. Os estabelecimentos de utilidade pública ou beneficência eram diversos, tais como: hospitais (*nosocomia*), asilos de velhos, de recém-nascidos, de orfãos e pobres (*gerontocomia, brephotrophia, orphanotrophia, ptotchotrophia*), etc, etc. Van-Wetter, *Droit romain*, t. 1º, §§ 54-57.— Quanto à herança jacente, são vários os textos, que a reconhecem *sujeito* de direitos. *Hereditau personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas*. (Dig., I. 46, t. 1, 22-, Ibidem, I. 41, t. 3,15; I, 43. t. 24, 13 ; I. 11, t. 1, 15: I. 41, t. 1, 34 e 61; — Instit. I. 3,1.17 , Ibidem, I. 2, t. 14).

podia estender-se ao direito dos bens.¹⁵⁰ Maynz, referindo-se ao assumpto, disse igualmente:

“Ce qui caracterise donc essentiellement la personne civile, c’est qu’un être, qui n’est pas individu humain, a reçu la capacité d’acquiescer et d’avoir des droits. Cette capacité ne se rapporte qu’aux droits patrimoniaux: aucune loi n’a jamais attribué des droits personnels aux êtres que nous designons par le nom de personnes civiles.”¹⁵¹

E Laurent, depois de afirmar que as pessoas moraes ou civis não podem ter, senão, uma capacidade restricta em vista de preencher a função, que lhes cabe na ordem social, conclue por estas palavras incisivas: — “hors de ces limites elles sont frappées d’une incapacité radicale; car elles n’existent pas, c’est le néant, et le néant, certes ne peut contracter.”¹⁵²

Não é preciso dizer mais, sobre a doutrina da capacidade restricta da pessoa juridica.

22 b. — Mas, em contrario do que acabamos de mencionar, sustentam os partidarios da *capacidade plena* da pessoa juridica,— que o erro da theoria da *restricção* é tão evidente, como o daquella que declara, que uma *ficção*, um *nada*, é sujeito de direitos e obrigações...

Certo, a extensão dos direitos ou a *medida* da capacidade das pessoas juridicas pode variar immensamente, segundo as faculdades proprias de cada uma, o seu caracter, *publico* ou *privado*, os seus fins diversos, e outras qualidades e condições intrinsecas ou extrinsecas, que concorram na sua existencia; e nem isto é de estranhar, uma vez que se

¹⁵⁰ Savigny, Traité de droit rom., § 85.—Cf. Ribas, ob.cit., p. 108 sg.

¹⁵¹ Maynz, ob. cit., §107.

¹⁵² Laurent, *Principes du droit civil*, t. I. Ns. 287, 291, 303 sg; t. XVI, n. 62. — Widsscheid ensina, que—“Juristische-Personen können subject von (VERMÖGENS) Rechten und Verbindlichkeiten sein und werden, wie natürliche” (ob. Cit., § 58). —E Pacifici-Mazzoni observa: —“Ma le persone giuridiche godono in generale di tutti i diritti patrimoniali, che sono di ragione comune (ob. Cit., t. II, p. 165 e 178). Cf—Aubry et Rau, ob. Cit., § 54, p. 281, etc, etc.

observa facto analogo com relação ás pessoas *physicas*, si fôrem diferentes os *status* das mesmas. Mas o que tambem não é menos certo, e se affirma, é: que, abstrahindo de taes particularidades, e encarando-se as *pessoas juridicas* sob o ponto de vista geral dos factos, das leis positivas e, mesmo, da melhor doutrina, ellas tem, ou podem ter, uma capacidade juridica plena; e esta plenitude se lhes deve sempre presumir,—ao menos que haja texto de lei expressa que a restrinja.¹⁵³ Pelo menos, outra não pode ser a opinião dos que consideram a pessoa juridica, um *ente real*, e não, um simples *nomen juris*, como erradamente se tem ensinado.

Seria desnecessario declarar, que os direitos de patrimonio e das *obrigações* constituem o *elemento essencial* da capacidade juridica das pessoas de que se trata, desde que não poderiam ellas ter existencia effectiva sem o uso, ao menos potencial, de taes direitos. Mas é de lembrar que,— de condição semelhante, tambem não podem prescindir as proprias pessoas *physicas*, desde o momento, em que se apresentam, como sujeitos de direito, na ordem social.

Isso, porém, não repugna, que as primeiras possam exercer, com *igual plenitude* das segundas, os direitos das cousas e das obrigações, segundo for mister ou conveniente, enão somente, da *maneira restricta*, que se tem pretendido.

Refutando, a este proposito, a opinião de Laurent, de que os limites da capacidade de uma pessoa, creada para conseguir dado fim, são os consignados no proprio fim proposto,— replica Heisser com toda procedencia:— que não basta conhecer o fim de um ente colectivo para medir a extensão da sua capacidade juridica, porque as necessidades

¹⁵³ Negulesco, ob. cit., p. 178.

variam, e a satisfação dellas, nos negocios da vida civil, ora é mais, ora é menos evidente e immediata.¹⁵⁴

De facto, salvas as restricções, que nos casos particulares são estabelecidas e devem ser guardadas, em attenção á razões, e motivos, que agora não temos que examinar,— a capacidade das pessoas juridicas, qaanto aos direitos patrimoniales e ás obrigações, deve comprehender:

a) a propriedade e todas as suas modificações ou relações, ou em outros termos, os *direitos reaes* com os seus modos de aquisição, alienação, transmissão, posse, uso, etc.;

b) a aquisição de bens por successão testamentaria, ou em virtude da lei, ou por actos de terceiros;

e) o contrahimento de obrigações, activas e passivas, nas suas modalidades diversas, *convencionaes* ou *não - conveneionaes*, sem outras reservas, sendo aquellas, que forem proibidas pela lei, como succede igualmente com as pessoas phisicas.¹⁵⁵

Não é mister fazer orna demonstração *documentada* destas proposições; porque ellas synthetizam factos, que se verificam, cada dia, na ordem social e juridica por toda a parte.

22 c. — No pensar de alguns, ainda não está dito tudo; porquanto nem sempre é uma verdade diser, que a capacidade da pessoa *juridica*, quer considerada como *individualidade distincta*, quer como um *todo social*, se *esgota* com o goso dos direitos patrimoniales. (*Unrichtig aber ist die immer wiederkehrende Behauptung, dass die*

¹⁵⁴ Heisser, Etude sur les personnes morales, p. 157.— Cf. Giorgi, loc. cit., p. 266: " Per me, la condizione delle persone giuridiche in tema di diritti patrimoniali non può essere diversa da quelladelle persone fisiche. Mi pare cosa chiarissima... Lo dice l'articolo 2 del codice civile, quando attribuisce ai corpi morali legalmente riconosciuti IL GODIMENTO DEI DIRITTI CIVILI, SECONDO LE LEGGI E GLI USI OSSERVATI come diritto pubblico. "

¹⁵⁵ Vide: Giorgi, loc. cit., n. 110-111, p. 268; Geirke, *Die Genossenschaftstheorie*, p. 144.

Individualrechtsfähigkeit der Körperschaft sich in ihrer VERMÖGENSFÄHIGKEIT ERSCHÖPFEN)¹⁵⁶

Pelo contrario. Temos nas suas especies diversas, desde a | mais importante dellas e comprehensiva de todas, o *Estado*, até a menos importante, como seria talvez de considerar a associação privada de simples recreio, — que as pessoas juridicas exercitam realmente direitos que são por natureza, não só, *individuaes*, mas *pessoaes*, isto é, direitos *proprios da pessoa*, é não strictamente *reaes*, na significação technica deste ultimo vocabulo.

Deixando de fallar do *Estado*, em favor do qual se podem allegar razões, que talvez não podessem caber á sua qualidade de pessoa juridica somente, é impossivel negar, que muitas outras pessoas juridicas, de character colectivo, se apresentam na ordem social, ao lado das pessoas phisicas, ou ao lado de outras pessoas juridicas, revestidas de direitos *pessoaes (Rechte an der eignen Person)*, taes como: direitos de *estado* ou *posição*, *domicilio*, *nacionalidade*, *nome*, *firma*, *sello*, *armas*, *di&inctivos* ou *marcas* (exclusivas de commercio e industria), privilegios, etc.; direitos, todos elles reconhecidos e garantidos pelas leis, do mesmo modo, que se dá com as pessoas phisicas em casos analogos. Até os direitos ou privilegios de *invenção* lhes tem sido reconhecidos pelas leis.¹⁵⁷ De facto, não se ignora que, conforme o direito vigente nos diversos paizes, as pessoas juridicas tem capacidade reconhecida: 1) para se apresentar, em seu proprio nome, aos poderes publicos, requerendo e

¹⁵⁶ Gierke, — Loc. cit., p. 145. No trecho citado este autor refere-se, nomeadamente, á capacidade dos direitos individuaes da associação; mas em outro lugar declara, que o mesmo prevalece, com relação ás fundações (*Privatanstalten oder Stiftungen zu analogen Ergebnissen führen*, p. 109.)

Como partidarios da *capacidade juridica*, somente restricta ao seu fim, citam-se entre outros: Del Rosso, *Saggio di dir. civ. privato*, I, par. 3, p. 54; — Mantellinem, *Lo stato e il Codice Civile*, I, p. 45-46, (apud Giorgi, loc. cit., n. 109.)

Como partidarios, de que dita *capacidade se esgota* com os direitos patrimoniaes, octam-se especialmente: *Unger, Amdts, Scheurl, Vering, Gengler, Koth, Stobbe*, e *Laband*; apud Gierke, ob. cit., p. 145, nota 1.

¹⁵⁷ Gierke, ob. cit., p. 146.

sustentando quaesquer direitos ou pretensões legitimas, como fazem os individuos particulares; 2) para crear ou organizar, por si sós, ou associadas com outras pessoas physicas ou juridicas, instituições de beneficencia, caridade, instrucção e semelhantes, exercendo sobre ellas a precisa fiscalisação; 3) para confeccionar e promulgar regulamentos dos seus serviços, impondo nelles obrigações e penas aos seus subordinados; 4) para exercer *mandatos* por conta de terceiros; 5) ou bem assim, para acceitar e desempenhar outras funcções analogas de caracter manifestamente *peessoal*, como as de *socio*, *liquidante*, *syndico*, *arbitro*, e *gestor de negocios alheios*; 6) para deliberar e usar do direito de voto ao lado dos individuos nos negocios que lhes são concernentes; etc., etc. Algumas pessoas juridicas, alias, do direito privado, ha, que gosam mesmo de regalias que entram na esphera do direito publico, como por exemplo: arrecadar taxas e tributos, ja em beneficio proprio, já por conta dos poderes publicos, ou até emittir titulos, que circulam, como moeda, etc.¹⁵⁸ Por outro lado, inclue-se igualmente na sua capacidade juridica, não ao, o dever de sujeitar-se e satisfazer nominalmente aos diversos impostos publicos, como até, o de soffrer penalidades, taes como multas, suspensões, e outras.

A propria capacidade de delicto (*Deliktsfähigkeit*) lhe tem sido reconhecida. Si a idéa de pena corporal repugna com a natureza da pessoa juridica,—o mesmo não succede com a da satisfação do damno, causado pelo delicto. E como o acto do órgão ou representante da pessoa juridica é considerado, acto della propria; segue-se , e com razão,—que a

¹⁵⁸ Como exemplo das primeiras, temos agora no paiz, além de outras, a sociedade “*Docas de Santos*”; e das segundas, é exemplo assaz conhecido, o dos “*Bancos de emissão de tirulos ao portador*”.

pessoa jurídica pode, *civilmente*, ter inculpada, como autora de delictos.¹⁵⁹

Ora, não é preciso acrescentar que, senão todos, certamente, a mor - parte dos direitos ou faculdades, acima enumerados, e outros semelhantes que se omitem no momento, são por demais *distinctos*, para caberem na esfera, *unica e restricta*, dos direitos patrimoniaes somente (*welche einerseits Individualrechte, anderseits, entweder überhaupt nicht oder doch nicht ausschliesslich Vermögensrechte sind*).¹⁶⁰

Insistindo sobre este ponto, Gierke observa:

“ Apegar-se á ficção, de que, fora do direito da familia, todo o direito se reduz ao direito das cousas (*Vermögensrecht sei*), seria desconhecer, não só, os direitos pessoaes (*die Persönlichkeitsrechte*), mas também os direitos intrinsecos da associação (*die inneren Körperschaftsrechte*). E no entanto os últimos também lhes pertencem, como direitos manifestamente perfeitos (*voll ausgebildete Rechte*), sem terem, aliás, no todo ou, ao menos, exclusivamente, um conteúdo de direito real (*entweder überhaupt nicht oder doch nicht ausschliesslich Vermögensrechtlichen Inhalt haben*)...¹⁶¹

Em verdade, como sustentar, que a pessoa jurídica só é capaz dos direitos reais e relações resultantes destes, quando não se ignora, que as pessoas jurídicas - associações, de *fins moraes, religiosos, artisticos, litterarios, scientificos* e semelhantes,—apenas de modo secundário, cogitam de direitos ou relações patrimoniaes,—sendo institucionalmente, como são, de natureza diversa, tanto o seu objecto

¹⁵⁹ Na Alemanha, diz Gierke, nunca foi recebido o principio do direito romano, de que a *collectividade* não pode absolutamente delinquir. Loc. cit., p. 743 sg. Cf. Windschei, ob. Cit., § 59, p. 233.

¹⁶⁰ Gierke, loc. cit., p. 146, e 162 sg.

¹⁶¹ 161 Gierke, ob. cit., p. 165, nota 2; signanter, p. 630-638 e sg.

Negulesco (ob. cit., p. 176-79) cita, com aprovação, a seguinte opinião de Trarieux: “La capacité de la personne morale embrasse tous les droits civils que peut avoir dans notre société la personne majeure et reconnue par la loi”; invocando, em favor desta capacidade plena da pessoa jurídica, não só, a opinião de Pothier (Traité des personnes, t. VII), como ainda, as decisões dos tribunais franceses a esse respeito.

como os resultados, que se propõem conseguir?! Não; a theoria, que restringe a capacidade da pessoa jurídica aos *direitos patrimoniales* somente, não pode ser aceita, sem contradicção flagrante dos factos.

22 d. — Um dos direitos *não - reais*, que se tem contestado, em particular, á pessoa jurídica, é o *direito da honra*; porque, diz-se , sendo a honra um atribute do homem, só a este, individualmente, poderá attingir qualquer offensa feita á sua honra.¹⁶²

E', como se vê, uma razão tirada da doutrina que, considerando a pessoa jurídica, uma simples ficção, não pode, por isso mesmo, admittir que ella tenha *honra*, isto é, que possa ser offendida nesta qualidade. Mas, semelhante razão carece de procedência. Si os individuos, tomados isoladamente, tem todo direito a ser tratados com respeito, não se lhes pode contestar, fundadamente, o mesmo direito, si, organizados em associação, elles constituem agora uma pessoa collectiva, seja ella de character publico ou particular:

“Meschen, die in ihrem individuellen Fürsichsein Anspruch auf Achtung ihrer Eizelpersönlichkeit haben können, auch in ihren organisirten Verbandsleben einem gleichartigen Anspruch auf Achtung ihrer Gesamtpersönlichkeit erheben.”¹⁶³

Por certo, a honra não aproveita somente ao individuo isolado; ella lhe serve de escudo na vida collectiva; queremos dizer,—da consideração publica ou social, não vivem e prosperam os *individuos* somente; ella afecta e interessa, do mesmo modo, ás instituições ou associações, influindo as vezes poderosamente na propria existencia e fins destas.

¹⁶² Vide: Gierke, ob. cit., p. 147. O autor refere-se á moderna jurisprudencia do *Tribunal Federal do Imperio*, não reconhecendo o direito de honra, sinão ás pessoas individuaes, no que, aliás, o mesmo autor não vê razão sufficiente.

¹⁶³ Ibidem, p. 149-150.

— Pelo que respeita ao direito positivo brasileiro, nos parece simplesmente contradictorio ou injusto, o que no mesmo se acha consagrado; pois, enquanto de um lado, se nega que as associações ou pessoas juridicas do direito privado sejam susceptiveis de offensa da injuria ou calumnia, pelo motivo acima allegado,—de outro lado, se reconhece, não obstante, que a injuria e a calumnia se podem dar, e serão puniveis, quando feitas á *“corporações que exerçam autoridade publica.”*¹⁶⁴

¹⁶⁴ E' o que se acha disposto no Cod. Pen. Brasileiro, arts. 318, letra *a*, e 319 § 1º. A este respeito se pode ver: Acc. da Corte de Appellação do Distr. Federal de 28 de Out. de 1898; Id. da do Estado de S. Paulo, de 5 de Julho 1899.

—Quanto ao mais, é de notar, que o teor da lei e jurisprudencia do Brazil tem sido sempre o de reconhecer *inteira capacidade* a pessoa juridica para todos os actos e factos concernentes ao seu objecto e fins. E, sem duvida, por ser esta a doutrina dominante, é, que o autor do *Projecto do Código Civil da Republica dos Estados Unidos do Brazil* se exprime sobre a matéria por estes termos: “A capacidade das pessoas juridicas é a regra, e a sua incapacidade a excepção. E' assim, que podem adquirir e possuir bens, por qualquer forma; lhes é permittido contractar e estar em juizo, defender seus direitos, etc. etc. Si a lei estabelece certas restricções, é a bem do interesse publico.—Felicio dos Santos, *Proj. do Cod. Civ. Brasileiro e Commentario*, art. 156.

—Segundo á nossa legislação vigente, são modos legaes de obter a capacidade juridica:

1) As sociedades civis *“lato sens”* pela celebração do contracto social, feito pelas partes componentes das mesmas (Consolidação das leis civis, art. 742 *sg.*) — Discute-se sobre a necessidade de ter, ou não, *forma escripta*, o contracto da sociedade alludida; sendo de melhor parecer que a tenha.

2) As sociedades mercantis, que não revistam a forma anonyma ou de commandita por acções,—como archivamento do contracto no registro do commercio—(Cod. do Com., art. 301).

3) As associações de fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos, ou de simples recreio, (Const. Fed., art. 72, § 3º) como archivamento no registro civil dos seus estatutos ou outro instrumento da sua fundação, devidamente authenticatedos — (Lei n. 173 de 10 de Setembro de 1893).

4) As sociedades anoymas e as de commandita por acções, quer o seu objecto seu seja civil, quer commercial,—com o preenchimento das condições que a sua legislação particular prescreve a esse respeito: (Lei n. 3150 de 1882; Decr. N. 8821 de 1882; Decr. Do Gov. Prov. N. 164 de 1890; Decr. N. 434 de 4 de julho de 1891.)

5) Os syndicatos agricolas, revestidos de capacidade juridica, em virtude da lei (Decr. N. 979. de 6 de janeiro de 1903) tem a sua organização, *livre de quaesquer restricções ou onus* (Desc. cit., atr. 2º).

6) As instituições pias ou fundações (segundo o seu instruidor for, o Estado ou particulares)—ou pelas disposições da lei directamente, ou pelo acto da instituição celebrado na devida forma (Lei n. 57 de 1835; Id. n. 2 de 1837; od. de 13 de Out. 1831; etc. —Vide: C. Carvalho, ob. cit., arts. 154. *seg.*)—Quanto á capacidade de certas pessoas juridicas, denominadas communmente—*instituições de mão-morta*, é dever o que a respeito se disse á pg. 72 anterior, e mais: Const. Fed., art. 72, § 3; Decr. n. 119 A de 1890; Lei n. 173. de 1893; Av. do Int. n. 35 de 1891.

Não ha duvida,—achamos inteiramente justificavel, que o direito positivo não deixe ao desamparo a honra das corporações publicas; o que, porém, estranhamos, é a carência de logica juridica,—reconhecendo-se num caso, como applicavel á natureza de um ente, a mesma disposição que, num outro, se recusa ao ente de natureza identica, por motivo desta natureza!...

23. — Já tivemos occasião de alludir á capacidade da pessoa juridica em materia de delicto. Completando o mesmo pensamento, ajuntaremos agora ligeiras considerações, no sentido de demonstrar a sua responsabilidade, pecuniaria ou civil, pelos *actos illicitos* em geral.

7) Ha ainda certas pessoas juridicasm, cuja capacidade só se verifiva, ou em virtude de lei, ou de autorisação especial do poder publico. Taes são: 1) os Bancos de Emissão ou circulação, que dependem de acto legislativo; 2) os Bancos de credito real, os montes pios, montes de socorro ou de piedade, as caixas economicas, as sociedades de seguros mutuos, as sociedades anonymas ou de commandita por acções, tendo por objecto o commercio ou fornecimento de generos ou substancias alimentares, e as sociedades ou qualquer *outra pessoa juridoca estrangeira do direito privado*; —todas as ques dependem da autorisação do Governo Federal para obterem a capacidade juridica. (Lei n. 427 de 1896; Decr. n. 2406 e 2408 de 1896; Decr. Gov. Prov. n. 164 de 1890; Decr. n. 169 A de 1890; Decr. n. 370 de 1890; Decr. n. 434 de 1891; Decr. n. 2711 de 1860; Cod. Com., art. 301; Lei n. 294 de 1895; Decr. n. 2513 de 1895; Lei n. 428. de 1896 arts. 8º e 45; Decr. n. 2979 de 1862; Decr. n. 493 de 1891; Decr. n. 727 de 1882; Lei n. 559 de 1898, art. 1, n. 26; Decr. n. 2769 de 1897.— Cf. C. De Carvalho, ob. cit., arts. 158-166).

—No que diz respeito ás relações de *logar* e de *tempo*, se observa: 1) o domicilio da pessoa juridica é a sede declarada em seus estatutos ou outro instrumento da sua instituição (Decr. n. 2711 de 1860; Id. n. 164 de 1890; Id. n. 919 de 1890; Lei n. 173 de 1893; Id. n. 294 de 1895; Decr. n. 2153 de 1895; Id. n. 2304 de 1896; Lei n. 905 de 1896, etc);

2) a duração e existencia da pessoa juridica póde fundar: *a)* nos casos previstos no acto da sua constituição; *b)* cessando o seu fim ou se tornando impossivel provel-o; *c)* pelo consenso de todos os seus membrosm quando estes tenham o direito de fazel-o; *d)* pela perda de todos os seus membros, ou com a reducção a um numero tal, que, segundo a lei, não possa continuar; *e)* por disposição da lei, acto do governo ou sentença judicial. (Leis e Desc. *citados*; e *mais*: Lei n. 57 de 1835; Av. n. 324 de 1837; Id. N. 85 de 1854, etc).

Incapacidade—As associações ou sociedades, cujos fins forem illicitos ou reprovados, nao podem ter capacidade juridica; sendo, desde logo, consideradas como taes, as sociedades secretas (Lei de 20 de Outubro de 1823; Consol. Das leis civis, arts. 744; Cod. Penal, art. 382; etc.)

Antes de tudo, importa lembrar que, como traço fundamental, que distingue as pessoas físicas, das pessoas jurídicas,—sobresai o seguinte: que as primeiras, sendo pela natureza dotadas de inteligência e vontade própria, querem, deliberam e agem por si mesmas, relativamente aos objectos ou fins que se propõem,— ao passo que as segundas, sendo *criações* ou *organizações* das pessoas físicas, os actos tidos, como manifestações do seu querer e deliberação, são necessariamente praticados pelos seus representantes, cujas espécies variam em origem e extensão de poderes. Quaesquer, porém, que estes sejam, ha um principio essencial predominante: é que os mesmos agem, como executores do objecto e fins da pessoa jurídica; e daqui o considerar-se, como della, todo o acto praticado pelos seus órgãos ou representantes, no exercicio das respectivas funções ou encargos — *Sie gewinnt Handlungsfähigkeit nur dadurch, dass das Recht den Handlungen gewisser Menschen diesselbe Bedeutung beilegt, als wären sie Handlungen der juristischen Person.*¹⁶⁵

— Contra este principio geral, assim estabelecido, se pode afirmar, que jamais foi levantada objecção alguma procedente. Mas quando se entra no terreno da pratica, e ahi se desenrolam os actos e factos diversos, concernentes á pessoa jurídica, surgem, as vezes, dificuldades bem serias, sob o ponto de vista do direito e da justiça. Uns só consideram obrigações da pessoa jurídica, as resultantes de actos legitimados, *esimados de toda ilegalidade*, excluindo, mesmo, as obrigações provenientes da inexecução de actos licitos, taes como, as obrigações resultantes de infracções ou violações contractuales...Outros, menos restrictivos, admitem a responsabilidade da pessoa jurídica nas *faltas* ou *culpas* contractuales, e mesmo, nas *lesões* provenientes de *actos*

¹⁶⁵ Windscheid, ob. Cit., § 59. — Alguns autores fazem distincção entre *órgãos* ou *representantes* da pessoa jurídica e os demais agentes ou empregados da mesma; só considerando-a responsável pelos actos dos primeiros.

Hic: Título Segundo, Cap. III, *in fine*.

illicitos; mas só assim o entendem, dando-se a circumstancia concurrente, de a pessoa juridica ter dahi tirado lucro, e, sómente, até a importancia do lucro obtido. Outros ainda, finalmente, sustentam , e, sem duvida com argumentos ,mais valiosos, que não procede, nem a pretensão da irresponsabilidade, nem tão pouco, essa distincção *limitativa* de actos, como se pretende; e que, ao contrario, a pessoa juridica deve responder *sempre*, ao menos em principio, por todos os actos dos seus representantes, quaesquer que elles sejam.

— A razão fundamental, em que os dous primeiros se baseiam, é tirada da propria natureza, que attibuem á pessoa juridica. Dizem: a pessoa juridica é uma simples *ficção, creada pela lei*, para um fim determinado, o qual deve ser atingido pelos meios legitimados que a lei estabelece ou admite, como taes consequentemente, ella não poderá jamais ter occasião de fazer o mal, isto é, de tornar-se responsavel por actos illicitos. Como ficção, que é, ella seria incapaz de assim fazel - o por si mesma; e si os seus representantes tal o fizerem, serão elles, e não a pessoa juridica, os responsaveis do mal feito.

Deixamos de discutir, no momento, o acêrto ou desacerto que, porventura, exista nesta conclusão;¹⁶⁶ apenas, diremos de passagem, que os partidarios da doutrina opposta, isto é, da responsabilidade da pessoa juridica, pelos actos illicitos praticados em seu nome, allegam tambem por sua vez: Que é um principio de razão e justiça, evidente por si mesmo, "que cada um deve responder, ou dar a devida satisfação pelo damno, que de seus actos resultar a outrem"; e que, como os actos dos representantes da pessoa juridica são, irrecusavelmente, de considerar actos della, isto é, como si foram praticados por ella propria; segue-se , que a mesma deve responder pelos danos resultantes, sejam os actos,

¹⁶⁶ Diz Giorgi (ob. cit., p. 311): "Ma lasciando ai teorici una indagine puramente dottrinale, egli è certo che le obbligazioni per delitto o quasi delitto, civilmente intese, sono perfettamente compatibili tanto in senso attivo, quanto in senso passivo, con la personalità giuridica".

licitos ou ilícitos, indistinctamente, indifferentemente, em relação ao lesado por taes actos.

23 a. — As theorias controversas, a que temos alludido, sobre a responsabilidade da pessoa juridica, se referem ou se applicam, tanto ás pessoas do direito privado, como ás do direito publico. Não ignorada, porém, a diversidade de natureza, de poderes, de objecto, direitos, e fins, das differentes pessoas juridicas, é impossivel haver uma regra geral, ou um mesmo estalão, para, por elle, medir e resolver acerca das responsabilidades, que, accidentalmente, possam caber á umas e á outras.¹⁶⁷

Pelo que respeita ás pessoas juridicas do direito publico, notadamente o Estado, a responsabilidade deste, pelos actos de seus representantes ou funcionarios, rége-se sabidamente por disposições, as vezes, especialissimas, e que o acobertam com regalias, isenções e privilegios, segundo os casos e as circumstancias.

Igualmente, pelo que respeita ás pessoas do direito privado, não obstante lhes serem applicaveis as regras geraes do direito civil ou commercial, commum a todas ellas; não raro, tambem se encontram preceitos particulares que modificam a responsabilidade das mesmas, pelos actos dos seus representantes. De um lado, a propria lei deixa sempre um campo assaz vasto de arbitrio ás convenções dos individuos, ao terem de organizar ou instituir uma pessoa juridica, no tocante ás responsabilidades futuras della; de outro lado, o poder publico consede, as vezes, umas tantas regalias, isenções e privilegios, a determinadas pessoas juridicas, em vista das vantagens, que ellas devem trazer ao interesse publico ou bem commum da sociedade. E dahi a necessidade de *estalões* diversos, na apreciação da respectiva responsabilidade...

¹⁶⁷ Vide: Windscheid, loc. cit., e notas á p. 231 sg.

Encerramos aqui quanto nos pareceu conveninete dizer e considerar, *preliminarmente*, acerca da theorias referentes á pessoa juridica; o mais se dirá depois. Porque, na exposição e critica dos differentes pontos, que se prendem á materia propria da *responsabilidade civil* do Estado, se offerecerá com certeza frequente ensejo, para ainda melhor completar as razões, sobre as ques assenta “o verdadeiro conceito” da pessoa juridica.

TITULO PRIMEIRO

INDICAÇÃO DOS SYSTEMAS

CAPITULO I

Vista geral da questão

I — A SUA PHASE ACTUAL

24. — Ha cerca de quarenta annos, que a importante questão da “responsabilidade civil do Estado” tem sido constantemente apreciada e debatida por escriptores eminentes,¹ assim como, *considerada* nas decisões dos tribunaes administrativos e judiciarios das nações da mais adiantada cultura juridica, sob o ponto de vista especial das razões e principios, que devem regular a materia.

Entende-se, que a personalidade *politica* do Estado moderno, livre, constitucional, pode ser considerada, como inteiramente caracterisada e definida em todas as suas modalidades diversas, com os seus direitos e obrigações ou responsabilidades concernentes, desde a sua forma mais simples — de *Estado unitario*, até a sua forma composta, e assas complicada — da *Federação*: tudo esta previsto, analysado, e assentado, ao menos, nos dominios da theoria. Não succede, porém, o mesmo com os factos diversos, que constituem ou se referem directamente á pessoa juridica do Estado.

Entre esses factos, todos sabem, nenhum reclama certamente exame mais criterioso, do que o da responsabilidade *directa* ou *indirecta*, que deve caber á pessoa juridica—Estado, pelos actos dos seus

¹ Tomamos, para apoio do nosso asserto,— o trabalho publicado por H. A. Zachariro, Ueber die Haftungsvtibindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten, na “Zeitschift die gesammte Staatswissenschaft”, p. 582-652. — Tübingen, 1868.

representantes, nos diversos casos e circunstancias, em que o alheio direito possa ser lesado...²

Não basta que o direito civil moderno reconheça o Estado entre as pessoas juridicas; é mister saber, é preciso declarar com razão fundada, quaes são os direitos e obrigações de natureza civil, que podem ou devem caber ao Estado, encarado sob o seu aspecto particular de pessoa juridica.

Está elle sujeito, *igualmente*, como as pessoas particulares phisicas ou juridicas, ás regras do direito privado, e obrigado, como estas, a responder perante as jurisdicções ordinarias? Deve ser elle considerado fora do alcance do direito privado, pela sua *qualidade essencial de poder publico*, não obstante a pratica quotidiana dos actos e factos, que, por sua natureza e fins, cahem sob a sancção irrecusavel daquelle direito, taes como: as relações de propriedade, dos contractos, das obrigações civis, contrahidas, activa e passivamente, com os individuos particulares?

Não é licito desconhecer ou dissimular os grandes e legitimos interesses de justiça, que estas questões envolvem. E no entanto se póde até agora affirmar ousadamente, que, a respeito das mesmas, nada ha ainda de satisfactorio ou definitivamente assentado, nem na theoria para, nem na pratica das leis e da jurisprudencia.

Devido, talvez, em parte, aos elementos historicos, que entraram na formação politico - juridica do Estado,— elementos de facto, e razões predominantes de principio, diversas quasi sempre em cada Estado; o certo é, que não se tem podido estabelecer até agora um conjunto de *regras geraes*, que sirvam de normas certas, seguras, á sua

² Advertimos que as omissões do dever, susceptiveis de lesar direitos individuaes, são consideradas, salvas as restricções necessarias, como si foram actos positivos, para o fim da responsabilidade civil do Estado.

acção e relações de character puramente social ou privado, como pessoa juridica. Entretanto, se torna manifesto que, dada a tendencia da legislação actual de collocar a pessoa do Estado, demais a mais, em condições de *certa igualdade relativa* com as outras pessoas da ordem juridica,— fora mister definir, desde logo, de maneira explicita, talvez no proprio direito constitucional, os direitos e as responsabilidades *civís* do Estado,— do mesmo modo que se costuma fazel-o, quanto aos seus direitos politicos. Não é preciso dizer, que a simples declaração, que naquelle direito se encontra acerca dos direitos individuaes, que o Estado se compromette a respeitar e garantir, não basta para, dahi, inferir-se com segurança, qual seja a capacidade da pessoa *juridica* ou *civil* do Estado nas suas diversas relações.

25. — Em busca de solução, aceitavel para esta questão, a qual a todo o momento se impõe à administração e á justiça publica, já se acham, é certo, a caminho nas differentes nações cultas, não só, os proprios estadistas, como primeiros interessados, mas juntamente, os homens de sciencia; tendo começado o movimento, de modo mais accentuado, sobretudo na Allemanha, e d'alli, se communicando sem demora aos demais Estados da Europa.

No Congresso Juridico (*dem VI Juristentag*), reunido na Allemanha em 1867, a questão fora proposta nestes termos:

“Deve o Estado, assim como, respectivamente, o Município, responder, em geral, pelos damnos e prejuizos, que os seus funcionarios causam a terceiros por violação proposital ou culposa de seus deveres e, no caso affirmativo, de modo primario, ou somente subsidiario?—”*Soll der Staat, beziehungsweise die Gemeinde, für Schaden und Nachtheile, wéeche die von ihren angestellten Beamten durch vorsätzliche oder kulpöse Verletzung ihrer Dienstpflichten einem Dritten zufügen, überhaupt haften und, bejahenden Falles, in erster Reihe unbedingt oder subsidiär?*”

Sobre a questão apresentaram parecer *Zachariae* e *Bluntschli*: o primeiro reportou-se as ideas, já emittidas no seu trabalho de 1863

(*nota 1 retro*); o segundo, collocando-se exclusivamente no ponto de vista do direito privado, resumira a sua opinião dizendo: que, em principio, não se póde admittir a obrigação de indemnisar por parte do Estado (*eine allgemeine Eratzpflicht des Staates nicht anzunehmen sei*); mas que, isto não obstante, se devia reconhecer excepcionalmente dita obrigação, na concurrencia de razões especiaes (*ausnahmsweise aus besondern Gründen*); devendo-se então decidir, segundo o fundamento juridico do caso,— si se trata de uma obrigação primaria, ou somente subsidiaria.³ O relator *von Stösser* collocou-se ao lado da doutrina sustentada por Zachariae,⁴ ao passo que *Brinz* e *Mandry* sustentaram que o Congresso devia adoptar as idéas de *Bluntschli*. Por proposta, porém, de *Gneist*, a Assembléa se manifestou afinal deste modo:— Que, por certo, o Estado (assim como o Município) devia responder pelos danos e prejuizos, causados a terceiro pelos seus empregados, com violação proposital ou culposa de seus deveres; mas que, quanto ás condições desta responsabilidade, havia a necessidade de discutir, mais uma vez, esta questão em particular, — o que deveria ter logar no proximo Congresso Juridico.⁵

Em 1869 *C. von Kissling* apresentara um novo parecer sobre a questão, no qual procurou justificar a responsabilidade de Estado e do Municipio (*Gemeinde*), apoiando-se , principalmente, em razões de ordem politica (*aus rechtspolitischen Gründen*).⁶ E finalmente, em reunião posterior do Congresso (1871), a questão sendo trazida ao debate, o relator *Primker* (Justizrath), depois de uma exposição assas detalhada "*contra a responsabilidade do Estado, considerado como Governo, pelos actos de seus funcionarios*", concluirá opinando, que a alludida

³ "Verhandlungen des VI deutschen Juistentags", I, 45-52.

⁴ Em outra parte encontrará o leitor noticia desenvolvida das idéas de Zachariae sobre a materia.

⁵ "Verhandlungen" cit., III, 55-80, 323 sg.

⁶ "Verhandlungen des XIII Juristentags", I, 388-411.

responsabilidade do Estado só seria justificável: — *a)* quando dahi proviesse lucro ao Estado; — *b)* quando em outros casos o dever, violado pelo funcionario, tivesse fundamento no direito privado, a dizer, quando esse dever se referisse a administração de dinheiros e cousas, incumbentes ao Estado (*wenn diese Pflicht die dem Staate obliegende Verwaltung von Gelden und Sachen betreffe*)⁷.

A discussão, havida no ultimo Congresso, não se cingiu às condições, sob as quaes entendeu o de 1867, que seria admissivel o *principio* da responsabilidade do Estado; pelo contrario, renovou-se a questão de *principio*, isto é, si o Estado pode ser declarado, ou não, responsavel, como regra geral; chegando-se , na conclusão dos debates, quasi sem differença, ao mesmo ponto, a que chegara o Congresso de 1867. Em vista do que, propusera *Degenkolb*, e, ao que parece, com fundamento, que a solução devia ficar, inda uma vez, adiada. O Congresso, porém, adoptara a proposta de *Zachariae*, exprimindo-se desta fórma:

“O Congresso Juridico Allemão manifesta a sua persuasão, de que o Estado deve estabelecer na sua legislação, relativamente ao damno cansado por seus funcionarios, o principio da responsabilidade directa do Estado. “*Der deutsche Juristentag spricht seine Ueberzeugung dahin aus, dass der Staat bei seiner Gesetzgebung in Betreff der Schadenzufügung seiner Beamten das Princip der direkten Haftungsverbindlichkeit des Staats zur Grundlage zu nehmen habe.*”⁸

Este voto do Congresso, por forma tão resumida, não podia satisfazer evidentemente aos pontos diversos, que se envolviam na questão. Não se podia mesmo dizer, si, em vista delle, a responsabilidade reconhecida do Estado se dava em todos os casos, ou si a mesma admittia excepções, como, aliás, entendiam os proprios partidários da responsabilidade: tudo ficou carecendo de explicação...

⁷ “*Verhandlungen des IX Juristentags*”, III, 26-63, 340 sg.

⁸ Ibidem.

A esse respeito Loening faz ver,⁹ que *Zachariae*, o qual, tanto no seu trabalho especial (*nota 1*), como em discussão no Congresso, havia sustentado a responsabilidade *subsidiaria*, não admittindo excepção, senão, em favor do que elle chamava — responsabilidade *immediata*, isso não obstante, formulara, elle proprio, a proposta, agora adoptada pelo Congresso, e na qual se estabeleceu, como regra (*zur Grundlage*), o principio da obrigação *directa* ou *primaria* do Estado. E pois, continua Loening, si tão sabia corporação juridica não poudé chegar a conclusões verdadeiramente explicitas sobre a materia,— tambem não seria de admirar, que na pratica, quer das leis, quer da jurisprudencia, continuassem a reinar, como realmente succedera, a maior incerteza e contradicções frequentes nos diversos Estados da Allemanha. E, certo, accrescentamos nós, não fôra, então, mais satisfactoria, a situação juridica dos outros Estados da Europa, notadamente, da Itália, França, e Belgica, sobre tão importante questão...

Mas o conhecimento, cada vez mais nitido, da gravidade do mal, afectando, a um só tempo, a propria vida do direito, publico e privado, não podia tambem deixar de tornar, de mais a mais, intensiva a convicção dos competentes em toda parte, de que era mister reexaminar e resolver a questão posta em debate,— encarando-a por todas as suas faces,— aferindo-a com os bons principios, e acompanhando-a em todos os seus efeitos e consequencias, para o fim de chegar á verdade procurada. E se póde affirmar que, como resultado de tão legitimo empenho, já é agora assas valioso, quer pelo numero dos trabalhos, quer pela excellencia dos autores,¹⁰ o cabedal de saber e erudição, consistente

⁹ Edgard Loening, *Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten*. Frankfurt a. m. 1879.

¹⁰ Para evitar repetições escusadas, não faremos desde logo uma resenha dos autores principaes, que têm estudado a questão, de que nos occupâmos ; attenderemos, porém, a este dever, ao tratar dos *systemas partictulares*, que se apresentam na arena da controversia.

em obras especiaes, ou mesmo, em tratados geraes do direito,— com cujo emprego se tem procurado bem elucidar e decidir, nos diversos Estados (sobretudo na Allemanha, Italia e França), o problema, realmente complexo e difficilimo, da responsabilidade civil da pessoa juridica— Estado.

26. — Não nos é licito *adiantar* juizo a esse respeito; quando muito, se poderia dizer que, até ao presente, a doutrina, que tem conseguido maior entrada na litteratura juridica e na jurisprudencia de varios Estados, é, a de que cumpre guardar uma *distincção constante* entre os actos de governo ou de soberania (*jure imperii*) e os actos, meramente administrativos ou de gestão (*jure gestionis*), como regra fundamental da materia; doutrina, contra a qual se começa, entretanto, a duvidar, por não offerecêr, na pratica, criterio bastante para a solução completa do magno problema.

De um lado, falta um ponto de partida seguro para *marcar* a distincção recommendada, e dahi a divergencia, a contradicção, as vezes flagrante, que se da na classificação e apreciação dos respectivos factos; de outro lado, tambem se carece ainda de disposição geral do direito positivo, que, definindo os caracteres da distincção referida, offereça á Administração e á Justiça os pontos de apoio, necessarios aos considerandos ou fundamentos das suas decisões.

Além disto, seria de ajuntar, que ha Estados, nos quaes a irresponsabilidade é ainda a regra predominante; assim como outros ha, em que se tem admittido, ao menos em principio, que a regra opposta deve ser adoptada, como lei positiva.

Onde estará a razão juridica ?... Examinaremos depois.

Mas, si não é de boa razão, procurar a verdade das cousas nos seus extremos, deve, com certeza, nesta, como em outras questões, haver um meio termo preferivel. O que não duvidariamos objectar desde

já, é: que seja de melhor aviso,— deixar tudo ao arbitrio da jurisprudencia somente. Não; o direito positivo deve traçar as suas regras sobre a materia, pelo menos, de maneira geral.

26 a. — Juntamente com o exame da responsabilidade civil do Estado pelos actos de seus representantes concorre uma outra questão especial, que não devemos omitir: é a da acção e independencia mutua dos poderes publicos, na apreciação e conhecimento dos respectivos actos.

Cada poder tem uma esphera propria de acção, por assim dizer, *privilegiada*, desde que não ultrapassa os limites della; sem o que, não seria licito fallar de *poder independente*, nem, tão pouco, poderiam *coexistir* e *agir* de modo harmonico, como aliás convém a poderes, sabidamente coordenados em vista do interesse publico. O exame desta parte especial da questão levaria á necessidade de bem *definir* ou *delimitar os actos de governo, propriamente taes*, dos actos de pura gestão administrativa, e bem assim, os actos *discrionarios* da administração publica, dos *não-discrionarios*; afim de que a intervenção da justiça, em favor dos direitos individuaes, podesse sempre ser legitimamente exercida, mas, ao mesmo tempo, sem crear embaraço serio aos misteres do publico serviço...

Já existe, sem duvida, muita discussão luminosa, muito ensinamento proveitoso, acerca destes assumptos. Mas, é forçoso dizer, — uma theoria geral, uniformemente observada, como regra de direito, revestida do character de universalidade que converia ter,— é certamente cousa, de que se continua a carecer na pratica do direito. Ao legislador constitucional, mais do que a outro qualquer, parece - nos, deveria caber a realização desta importante tarefa. Só assim, de um lado, a Administração Publica (*lato sensu*) poderá agir, livre de tropeços, na sua missão tutelar dos direitos e interesses geraes do Estado e da nação; e de outro lado, os individuos particularese as associações privadas se

considerarão, efectivamente garantidos contra os excessos ou violencias da autoridade ou funcionario publico, que venham, por ventura, lesal - os na sua liberdade, na sua propriedade, ou n'outros direitos, que lhes pertençam.^{10.a}

II. — OS SYSTEMAS PRINCIPAES

27. — Semelhantemente ao que se dá com a pessoa juridica do direito privado, a pessoa juridica do direito publico, seja o Estado, seja a Provincia, seja o Município (ou outra instituição publica revestida de personalidade juridica¹¹) pode causar damno aos individuos ou ás pessoas juridicas particulares, já por deliberações dos seus órgãos, ou *representantes immediatos* do poder publico, ja em consecuencia de actos dos seus *representantes mediatos*, a dizer, os funcionarios, agentes, empregados, ou propostos do publico serviço.

O presente trabalho só se refere á responsabilidade por danos, imputavel á pessoa juridica—Estado.¹²

Estado é um grupo numeroso de individuos, existentes em dado territorio, unidos por instituições, e debaixo da autoridade de um mesmo soberano. Encarado na sua forma concreta, elle apresenta - nos: de um lado,— um conjuncto de poderes publicos, cujos órgãos ou representantes immediatos exprimem a vontade, deliberações e ordens do Estado, e um certo numero de individuos, que, como representantes

^{10.a} Sobre a materia da *intervenção judiciaria*, para conhecer dos actos do Governo ou Administração Publica, se dirá, encarada a materia sob o ponto de vista da legislação patria, no *Titulo Terceiro*, parte final deste trabalho.

¹¹ No Brazil não ó de regra revestir, de personalidade juridica distincta, aos diversos estabelecimentos ou institutos publicos. Quando se trata de factos que interessam as relações juridicas dos mesmos, são elles considerados partes integrantes do Estado, provincia ou municipio, á que pertencem, e como taes, representados por estas ultimas *pessoas juridicas*, activa e passivamente.

¹² Não é preciso dizer, que, principios, senão identicos, certamente, analogos, devem regular a responsabilidade das outras pessoas do direito publico, como a provincia ou o municipio, guardadas as modificações ou restricções das leis peculiares à cada uma dellas.

mediatos, ou subordinados dos primeiros, applicam e executam as deliberações ou ordens referidas; de outro lado,— uma communhão de individuos particulares, a collectividade social ou a nação inteira, á qual interessa, de modo directo, essencial e positivo, a acção dos poderes publicos;— constituindo ella e estes os verdadeiros elementos, todos os elementos, do proprio Estado. Ou dizendo em termos mais precisos: os diversos elementos da multidão, povo ou nação, uma vez organizados, unificados e dirigidos conforme aos principios do direito, são o que *constitue* o ente ou a pessoa *politico-juridica*, chamada Estado. Mas, como este, muito embora *sujeito real* de direitos, não tem uma personalidade *physica*, como o homem,— precisa *necessariamente* de órgãos ou representantes, os quaes manifestem a sua vontade e a sua acção nas múltiplas relações, activas e passivas, da sua existencia.¹³ Donde, não seria preciso declarar, que, tratando-se da responsabilidade civil do

¹³ Em nosso entender, supposta a razão de distinguir entre *órgãos* e *funcionarios*, seria adoptavel o seguinte critério: — *Órgãos* do Estado, são os individuos ou corpos collectivos, que, não tendo superior hierarchico, os actos dos mesmos, praticados dentro da propria competencia, não podem ser revistos por nenhum outro, visto serem elles os *primeiros* ou *immediatos representantes* do poder e soberania do Estado. Taes são: o Congresso Legislativo, o Chefe de Estado (Rei ou Presidente de Republica) e o Supremo Tribunal de Justiça, dos paizes om que, como o Brazil, o Poder Judiciario é igualmente considerado independente, como um dos poderes politicos da Nação. Todos os demais representantes do Estado, ou melhor dizendo, dos poderes publicos,—por menor ou maior que seja a esphera de suas faculdades ou attribuições, são *representantes mediatos*, isto é, funcionarios ou empregados publicos; tendo respectivamente cada um delles, ou a corporação respectiva, um superior hierarchico, cujas ordens e instrucções devem guardar, e fazer guardar, como nellas se declara.

Esta divisão nos parece accetavel em geral, e pelo que diz respeito ao Brazil, se póde dizer que ella decorre da propria Constituição Federal, a qual, declarando expressamente, quaes são os *órgãos da soberania nacional*, teve, sem duvida, em mente a representação della em concreto, isto é, quiz significar, pelas palavras empregadas,— quaes eram os representantes immediatos do Estado.

Outros estendem o qualificativo de “*órgãos*”, não só, aos representantes immediatos do Estado, mas tambem, aos funcionarios que tem o direito de deliberar, despachar ou ordenar, por disposições da lei, a dizer: os ministros de Estado e os directores geraes dos diversos ramos do serviço publico. Mas, feita muito embora a distincção entre *órgãos* e *funcionarios*; fique desde já advertido, que os ultimos não são simples instrumentos dos primeiros, pelo contrario, sob o ponto de vista juridico, são igualmente *representantes do Estado*, ainda que de competencia muito mais limitada, e como taes, capazes de *obrigar civilmente* o Estado pelas consequencias lesivas dos seus actos.

Estado, o que realmente importa ter em atenção, é o exame dos actos dos differentes representantes do mesmo.

Com effeito:

1) O Legislador (poder legislativo) pode, sciente ou inscientemente, adoptar resoluções que violem direitos individuaes adquiridos, ou de cuja execução resulte lesão á liberdade ou propriedade, garantidas pelo direito fundamental da nação.

2) O Governo¹⁴ pode expedir decretos, proferir decisões e despachos, ordenar a execução de obras, a installação de serviços, ou empregar medidas de saude ou de segurança publica, que acarretem damnos inevitaveis ás pessoas ou aos haveres dos particulares;

3) O Juiz ou tribunal de justiça, por culpa ou por simples erro de officio, pode ordenar medidas ou proferir sentenças contra a verdade dos factos e o direito expresso, conseguintemente, lesivas dos direitos das partes;

4) A Administração Publica, finalmente,¹⁵ a dizer, os vários funcionarios administrativos do Estado podem, no exercicio das proprias

¹⁴ A palavra—*Governo*, diz Brémond, designa, as vezes, o conjuncto dos poderes publicos; é neste sentido que se diz governo parçamentar, governo monarchico ou republicano, etc. Noutra acecção de uso corrente na linguagem politica, ella designa o poder executivo por opposição ao poder legislativo, e ao judiciario, ajuntâmos nós; outra vezes, a palavra *Governo*, designa o poder central por opposição ás administrações locaes (*Révue du droit publique*, t. V, p. 30). —E' na segunda destas acepções que ora a empregamos, querendo significar especialmente: os actos do poder executivo nas suas relações com os outros poderes, nas suas relações de ordem internacional, nas medidas desegurança interna e externa, no exercicio de suas atribuições de nomear e destituir os funcionarios, de usar do direito de graça, de fazer a guerra e ajustar a paz, e de ordenar outros actos semelhantes de poder supremo.

¹⁵ A palavra—*Administração*, é tambem empregada com acepções diffrentes. Muitas vezes é tomada por synonymo de *Governo*; mas em seu sentido mais commum, se entende por ella a acção conjuncta dos funcionarios ou das repartições publicas, que executam os decretos, regulamentos, medidas, e ordens do Governo. E' nesta acepção, que ora a empregamos. Importa, porém, não omittir, que, em uma significação mais restrict, a palavra—*Administração* é entendida em certos paizes, na França, por exemplo, como opposta á palavra—*gestão*: comprehendendo-se naquella os actos do poder publico (*puissance publique*) propriamente, e nesta os actos ou funcções de *caracter patrimonial*.

atribuições, ou no excesso dellas, praticar actos e factos, que causem danos aos terceiros, com ou sem culpa por parte dos respectivos agentes.

Ora, em qualquer das hypotheses figuradas, é de necessidade evidente, considerar a natureza e condições dos actos arguidos, afim de que se possa conhecer e decidir, segundo o direito e a justiça, si o Estado deve, ou não, responder pela satisfação dos danos resultantes; e no caso affirmativo, si de modo exclusivo, principal, solidario, ou si, tão sómente, de modo parcial, subsidiario.

— Se podem reduzir a tres os systemas principaes, até agora, aventados na discussão e solução do problema.

1) Uns entendem que o Estado, *ente abstracto*, e como tal, incapaz de fazer o mal, e além disto, sendo instituido com um caracter superior, em vista do interesse publico, não deve ser sujeito ás mesmas obrigações extracontractuaes, que se encontram no direito commum, é certo, mas, expressamente consagradas para regular as mutuas relações dos individuos particulares, e não as destes para com o Estado, ou inversamente.

2) Collocando-se em posição, diametralmente opposta, pretendem outros, que a responsabilidade do Estado, *juridicamente considerada*, deve ser identica á das pessoas do direito privado.

3) Offerece-se , finalmente, entre os dous extremos indicados, um terceiro systema, que se pode chamar de *systema mixto*, e segundo o qual, os actos dos poderes publicos ou representantes do Estado, ora devem acarretar, ora não, a responsabilidade do mesmo,—conforme uma

Nos Estados, em que o Judiciario não é reputado um poder publico distincto, *igualmente soberano*, a *Administração* é considerada ainda, como um dos dous ramos, em que se divide o poder executivo, em contraposição á Autoridade Judiciaria. — Vide: Brémont d, loc. cit., p. 30 e 37.

classificação, toda especial, á que os actos damnificantes devem, antes de tudo, ser submettidos.¹⁶

Mais adiante teremos occasião de ver, que os systemas á que vimos de alludir, são capazes de sub - distincções, e que dentro dos mesmos se apresentam divergências, nem sempre susceptíveis de conciliação, entre os seus proprios partidarios.

— A' estas breves indicações, cumpre ajuntar um esclarecimento. Talvez pareça menos correcto, termos incluido os proprios actos do *Legislador*, do *Governo*, e do *Juiz*, entre os susceptíveis de causar *damno, reparavel pelo Estado*, quando outros ensinam, que taes entidades, tomadas no seu character de *poderes publicos*,—ou não respondem absolutamente pelos seus actos, ou só o fazem em casos especialissimos, como succede, por exemplo, no caso da accusação do Presidente da Republica¹⁷...

Não ha duvida, que o Poder Legislativo, quando *declara* a lei, o Executivo, quando *ordena* a sua execução, e o Judiciario, quando a *aplica* aos casos sujeitos, praticam, todos elles, actos *soberanos, theoricamente irresponsaveis*, talvez...¹⁸ Mas, duas considerações occorrem no momento: primeira, que a irresponsabilidade, mesmo, a do Poder Legislativo, nem sempre importará á do Estado, desde que, do acto desse poder, resultar efectivamente uma lesão do direito privado; segunda, que, escrevendo nós no Brazil e para o Brazil, — não deviamos esquecer que a *doutrina da infalibilidade do Estado*, ou, o que é o mesmo, da *irresponsabilidade dos seus orgãos ou poderes publicos*, jamais foi admittida na jurisprudencia patria; e não faltando, alias, hoje quem a

¹⁶ Vide: P. Mazzooi, *Inst. di dir. civ. italiano*, t. IV, p. 149, *nota*.

¹⁷ Const. Fed., art. 53-54; Leis, ns. 27 e 28 de 7 e 8 Janeiro de 1892.

¹⁸ Laferrière, *La Jurisdiction Administrative*, t. II, p. 12 sg., 184 sg.

combata de modo geral, como sendo uma *these feudal*, consequentemente, sem mais razão de ser aos olhos do direito moderno.¹⁹

Não precisaríamos lembrar que, segundo os princípios de direito publico, hoje adoptados em varios Estados, a propria lei, a mais elevada expressão da *vontade soberana* do Estado, pode ser atacada na *sua propria validade*; e uma vez procedente a arguição, ella pode vir á ser com certeza a causa de um damno, *reparavel* pelo Estado.²⁰

CAPITULO II

Theoria da irresponsabilidade

28. — Partindo da segunda metade do seculo passado, um dos primeiros escriptores, que procurou sustentar com argumentos diversos a theoria da irresponsabilidade geral do Estado, foi Richelmann, afirmando, segundo o seu ponto de vista particular, as seguintes proposições:²¹

1) Quando o Estado exige a obediencia de seus subditos, não o faz para fins proprios, mas, justamente, para o bem dos mesmos; logo de semelhante acto não lhe pode vir responsabilidade alguma ulterior.

2) Não é justificavel a ficção, de que os funcionarios administrativos sejam órgãos immediatos do Estado (*Staatsgewalt*) e que, em consequencia, os actos dos mesmos devam ser tidos, como actos do Estado. Este só é representado pelo chefe do governo (*den Regenten*). Os funcionarios são meros servidores do Estado (*Diener des Staats*), e por isso os seus actos só são de considerar *actos do Estado*, quando o Estado os tiver ordenado ou reconhecido, como taes.

¹⁹ Vide: Laferrière, loc. cit., p. 184 -185, *nota*.

²⁰ No *Titulo Terceiro* se dirá, com particularidade, sobre este ponto.

²¹ "*Magazin für hannoverisches Recht*" (1852), t. II, p. 343 sg.

3) As relações jurídicas do mandato não podem ser, por analogia, applicaveis aos servidores do Estado, como se tem pretendido.²²

4) Tambem não procede a opinião, de que o Estado deve responder pela *culpa* na escolha do funcionario, porque, não existindo nenhum *dever juridico* do Estado quanto á nomeação de funcionarios *capazes*, fallece a razão de responsabilidade do Estado, dada, porventura, a *hypothese* de ter havido menos cuidado a esse respeito. A escolha ou nomeação pertence, geralmente, ao funcionario *supremo* do Estado, isto é, ao Chefe do Governo; e pois, si culpa houver na nomeação, por ella deve responder o *nomeante*, e não o Estado, a quem não pode caber responsabilidade, pela negligencia ou infracção do dever por parte do funcionario.

— Referindo-se ao caso particular da perda de depositos confiados á autoridade judiciaria, Richelmann era igualmente de parecer, que ao Estado não incumbia a obrigação de indemnisal-os: já porque o deposito judicial, *obligatorio*, não era materia de direito privado; já porque, não havendo declaração expressa de *garantia* assumida pelo Estado, não se podia lançar á sua conta nenhuma obrigação juridica. Entendia, porém, que, na questão de responsabilidade, não era licito distinguir entre os funcionarios da Administração e os da Justiça, visto como ambos agem, como órgãos do Estado, o qual, aliás, tão pouco podia impedir os danos de uns, como os de outros.

Finalmente, Richelmann, resumindo o seu pensamento na materia, dizia: que Estado, sendo simples pessoa moral, não podia jamais

²² Neste ponto Richelmann seguira a opinião, já conhecida, de Gönner (*Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der National Oekonomie*, 1808), e de Heffter (*Beiträge zum deutschen Staats-und Fürstenrecht*, 1829).

estar em culpa, e consequentemente, não lhe podia caber a obrigação de indemnizar os danos dos seus funcionarios em caso algum.²³

28 a. — Outro autor allemão, e este, em data muito mais recente, o notavel Bluntschli, se manifestara tambem contra a *obrigação geral* do Estado ou Municipio, de indemnizar os danos causados a terceiros por actos culposos dos seus funcionarios; ainda que não deixasse de reconhecer, ao mesmo tempo, a possibilidade de ser prestada semelhante indemnisação, em alguns casos excepçoes. Em trabalho especial, que teve de apresentar acerca do assumpto, Bluntschli estabelecera certas proposições principaes, já relativas aos casos de *culpa incumbente* ao Estado, já relativas á *irresponsabilidade* do mesmo, declarando - a acceitavel, ao menos, em principio ; taes como:²⁴

1) A obrigação de indemnizar tira, em regra, a sua razão de uma culpa; ainda que, por *excepção*, possa ella tambem resultar,— ou de *fundamentos especiaes*, tal por exemplo, do compromisso contractual de prestar indemnisação, ou mesmo da natureza particular de dado negocio.

2) Da escolha do funcionario só póde caber culpa ao Estado, quando a pessoa nomeada fôr, sabidamente, indigna ou incapaz. Semelhante culpa não póde ser absolutamente derivada do *character representativo*, que tem o funcionario em relação ao Estado: — Estado e funcionario são sujeitos differentes, e por isto, a culpa do funcionario não é culpa do Estado...

²³ No que respeita ás opiniões sustentadas por autores allemães, convirá, de preferencia, attender as informações constantes dos trabalhos, até agora tidos, como mais valiosos a esse respeito, taes são:—H. A. Zachariee, *Ueber die Haftungsverbmlichkeit des Staats*, (*"Zcritekrift fiir die gesamte Staatsiwissenschaft"*, 1863);—E. Loening, *Die Haftung des Staats*, (Frankfurt a.m. 1879);—Robert Piloty, *Die Haftung des Staats für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der Beamten bei Ausübung Staatslicher Hoheitsrechte* — (*"Annalen des Deutsehen Beichs"*, 1888); e *"Verhandlungen des deutsehen Juristentags"*, VI, VIII, IX.)

²⁴ *"Gutachten in den Verhandlungen des seclisten deutschen Juristentags"*, t. I, p. 45 sg.

3) Um fundamento particular de obrigação existe, sim, quanto aos depósitos judiciais e sequestros ou apreensões, ordenados pela autoridade pública (*bei der zwangsweisen Beschlagnahme von Sachen*); e bem assim, quanto aos negócios da esfera do direito privado, que o Estado exercitar por meio de estabelecimentos seus. A analogia das disposições deste direito, acerca da responsabilidade do *dono* pelo *preposto* (*des dominus für dm institor*) tem todo cabimento em tais casos; porque, aqui como ali, se dá uma relação idêntica de coisas e de confiança.

4) Quando, porém, o funcionário exerce funções do direito público, e nella causa dano,—a responsabilidade proveniente é toda delle, e não do Estado. Do seu carácter *representativo*, insiste o autor, não pôde resultar a obrigação do Estado. O carácter *representativo* do cargo não altera, por forma alguma, o princípio fundamental do direito: “que si alguém commetter um delicto, — seja delle *pessoalmente* responsável o seu autor, e não nenhum outro por elle, ou conjunctamente com elle. e nem tão pouco, a pessoa, que elle representa.”²⁵

29. — Fora da Alemanha, o nome que devemos primeiro mencionar, como sustentador da irresponsabilidade do Estado, (em princípio, bem entendido), é o do illustre professor Gabba, o qual

²⁵ Blüttschli, loc. cit.— Cf. Piloty, ob. cit., p. 257; Loening, ob. cit., p. 108, etc.— Rönne (*Staatsrecht der Preuss. Monarchie*, t. III, p. 583 sg., 4ª edic.): “*Der Staat als solcher wird durch unerlaubte Handlungen, welche die mit Regierungsgewalt beauftragten Beamten bei Ausübung ihres Amtes begehen, NIEMALS VERBUNDEN; Denn er ist in dieser Gestalt einem Unterthan gegenüber gar nicht fähig, eine Verbindlichkeit auf sich zu nehmen; er kann überall nicht subjekt von Privatrechten oder Verbindlichkeit sein*”; —Wohl (System der Präventivjustiz oder Rechtspolizei, p. 555, 2ª edic. 1845): “Ao Estado não pode caber culpa, porque elle não dá autorização para fazer actos ou omissões illegaes, pelas quaes elle proprio é, aliás, prejudicado, material o moralmente.” No ponto de vista deste ultimo autor, seria uma injustiça,—exigir dos contribuintes do imposto a somma precisa para indemnizar danos, que cada um deve supportar, como sequencia necessaria dos actos do Estado.—L. von Stein (*Lehre von der vollziehenden Gewalt*, p. 369, 2ª edic., 1869): “Es ist nicht einzusehen, weshalb der Staat die Haftung für die Handlungen seiner Beamten übernehmen solle, welche er nicht nur nicht befohlen oder veranlasst, sondern welche er direct verboten und strafbar erklärt hat”.— Cf: Loening, ob. cit., p. 3, nota, e p. 108 sg; Piloty, ob. cit., p. 257 - 58; Gierke, ob. cit., p. 794 e nota.

accentúa o seu pensamento por considerações diversas, e que se podem resumir nas seguintes :

“Il funzionario, o agisca fuori de’limiti de’suoi poteri, o senza le forme legali imposte alla sua azione, o abusi di questa, non oblige col suo fatto lo Stato, perché nol rappresenta.

O s’invoca il principio del mandato, e lo Stato é prosciolto dall’art. 1752 (Cod. civ. ital.), perocchè il mandante non è obbligato per l’eccesso dei mandato. O s’invoca il principio dei quasi - delitto, e si risponde che tra lo Stato e il funzionario non può supporre quella distinzione di persone che l’art. 1153 suppone tra committente e commesso, essendochè non vi sono veramente due persone, ma una sola, quella del funzionario che per mandato necessario e per una funzione sociale agisce per l’interesse comune.

“ Aggiungasi che non v’è neppure una vera distinzione tra danneggiante e danneggiato, perche lo Stato é la espressione della vita collettiva, dell’interesse di tutti, onde richiamarsi a lui, tanto vorrebbe quanto cge i cittadini reclamassero a se stessi. Politicamente poi la responsabilità dello Stato sarebbe principio dannosissimo, perocchè renderebbe²⁶ l’azione sua lenta e imbarazzata, e i funzionari stessi, per tema, titubanti e inoperosi.”²⁷ *

Entretanto, no entender do proprio Gabba, não são de incluir na sua these, além dos casos que se apoiam em obrigação contractual, os seguintes: a) quando a responsabilidade é proveniente de empresas privadas, exercitadas pelo Estado, como vias ferreas, correios,

²⁶ Lozzi, *Della responsabilità civile dello Stato pe’ fatti colposi e delittuosi de’suoi rappresentanti ed ufficiali* (Rivista Penale, t. XI) diz: “Lo Stato non risponde mai civilmente, ossia in veruna guisa, delle malefatte o de’reati di qualsiasi genere de’suoi ufficiali, vuoi civili, vuoi militari, dei qualis serve per l’esercizio della sua autorità; altrimenti esso esercizio, anche neicosi più urgenti, nei quali vige sempre il precetto delgius latino: SALUS PUBLICA SUPREMA LEX ESTO, rimarrébbe grandemente intralciato; e il numero delle cause di liquidazioni di danni, attesa la tendenza e corrività à promuoverle, sarebbe infinito, ed enormi le spese, le quali in fine deconti ricadendo su tutta la società verrebbero adaggravare la condizione di tutti gli associati”.

²⁷ Gabba, *Questioni di diritto civile* (ibi): “Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati dai pubblici funzionari”, p. 109 sg., e 155 seg. Torino, 1885, 2ª ed.—Cf. Meucci, *Inst.di diritto amministrativo*, p. 252-53.

* As transcrições, mais ou menos longas, que fazemos, obedecem a este propósito: facilitar ao leitor o julgar desde logo, por si mesmo, das opiniões ou conceitos do respectivo autor, — corrigindo, desta sorte, qualquer desvio de interpretação, eommottido da nossa parte.

telegraphos, transportes; *b)* quando a responsabilidade é por danos, ocasionados no interesse de uma propriedade do Estado; *c)* quando a responsabilidade é por funções relativas á *missão accessoria*, e não, *natural* do Estado.

Alem disto, ao principio geral da irresponsabilidade, elle ajuntara logo uma declaração e duas excepções, como bem observa Meucci: a declaração é, que a questão se restringe a factos injustos e illicitos, e, não áquelles factos, que apesar de justos e licitos, possam dar logar, não, á uma indemnização propriamente dita, mas á uma *compensação*; e as duas excepções são estas: uma, relativa aos funcionarios directos (*instrumentos, não órgãos*), que agem sob a vigilancia immediata e direcção do Governo ou autoridade suprema, taes como — a milicia, as guardas aduaneiras e florestaes e semelhantes; a outra, concernente á “*gestão interna de officio*” dos interesses privados dos cidadãos, confiados áss administrações publicas, taes como — desvios de renda inscripta, depositos aduaneiros de mercadorias, depositos de valores, etc., etc.²⁸

Justificando estas duas excepções, diz o professor Gabba: quanto á primeira, isto é, relativa aos agentes militares e semelhantes,— a responsabilidade do Estado procede, por não serem elles, verdadeiramente funcionarios, ou o serem de um character excepcional; dependem *tão immediatamente* da autoridade governativa, que não são mais, do que o *braço* e *instrumento* della, e, portanto, em tudo, comparaveis aos prepostos ou creados...; quanto á segunda, procede igualmente, porque os actos relativos á *gestão interna de officio* não são propriamente do funcionario, mas do proprio cargo, o qual tem a sua responsabilidade no Estado; não havendo então, como talvez pareça, duas pessoas, a do Estado e a do funcionario, mas tão somente a pessoa do

²⁸ Ibidem.—Cf. Giorgi, ob. cit., t. III, p. 170 sg.; Idem, *Teoria delk Obbligazioni*, t. V, n. 389 a (5ª ed. 1900).

Estado; o funcionario fica ignorado do publico ou desaparece aos olhos dos terceiros.²⁹

Admittida, porém, muito embora, a possibilidade de casos, em que o Estado deva responder pelos actos lesivos de seus representantes, Gabba declara, todavia, terminantemente: que a *“irresponsabilidade é a regra, e a responsabilidade a excepção”*,— proposição que, ainda em recente trabalho, elle reaffirmara por este modo:

Ho detto pacifica tesi quella dell ' irresponsabilità dello Stato pei malefatti dei funzionari adetti all ' esercizio della pubblica missione sua, e stimo superfluo citare responsi di scrittori e di tribunali per convalidare codesta asserzione. Ed io, che, come tutti sanno i giuristi italiani, fui dei più operosi nello studio di questo argomento, mi sono adoperato bensì a sostenere in taluni casi la responsabilità dello Stato per malefatti dei suoi funzionari, MA SONO SEMPRE FEDELE ALIA MIA TESI FONDAMENTALE : “la non responsabilità è la regola, e la responsabilità é l'eccezione” (Quistioni di diritto civile, 2^a ediz. Torino, 1885, p. 110 seg.; e Foro Italiano, 1881, I, 932).³⁰

29 a. — Ao lado de Gabba, é de razão collocar *Mantellini*, cujas idéas sobre a *responsabilidade* civil do Estado propendem, senão, para excluil - a totalmente, ao menos, para não admittil - a, como regra geral. Eis aqui, como este segundo autor se exprime:

“ Lo Stato non puo prestare l' autorità sua contro la sua propria autorità; soggiacere alia propria giurisdizione per gli atti dei proprio impero, prestare forza coll' impero a quanto si fosse giudicato contra l' impero “. ³¹

²⁹ Vide: Meucci, loc. cit.; P. Mazzoni, loc. cit.; Giorgi, locs. cit. E' de ajuntar que, com relação aos danos resultantes de actos de guerra, Gabba só admite a obrigação do Estado, quando causados *“in flagrancia di combattimento nella vera e propria imminenza di im attacco del nemico”*.

— Apnd Lomonaco, *Delle Obbligazioni*, t. I, p. 290.

³⁰ Gabba, Quistioni di diritto civile, t. II: “Diritto Ereditario e Diritto delle Obbligazioni”, p. 274-75.—Torino, 1898.

³¹ Mantellini, *Lo Stato ed il Codice Civile*, t.I, p. 13. — Firenze, 1883.

E', como se vê, o predomínio da velha concepção dos regalistas...

Depois, referindo-se ao fim do Estado, accentua:

"Il fine dello Stato è la tutela dei diritto, è il benessere sociale, non quello di assicurare gli associati da ogni danno, che possa venir loro dal fatto proprio... Sia che lo Stato si assetti nel suo territorio, fondi le sue istituzioni, le reformi, o che sovlgia i propri organi,... è paragonato ai fiumi; che a chi danno ed a chi tolgano: "qui censitorum vice funguntur"". ³²

E para explicar talvez melhor o seu pensamento, acrescentara:

" O funcionario, que, nem para o Estado, nem para si, contrahe obrigação resultante da *função* em si mesma, póde, não obstante, contrahil - a, e a contrahe para si, si no exercicio da função excede os limites desta, viola a lei, e se torna autor de dolo ou culpa com alheio damno (*si renda debitore di dolo o di culpa in altrui danno*). Mas, desde que elle ultrapassa a sua função, não compromette o Estado, o qual não lhe commetteu, senão, aquella função (*Ma se ecce e fourvia dalla funzione non compromette lo Stato che non gli commesse senon quella funzione*); se viola a lei ou o regulamento, o acto é do funcionario, e não do Estado, o qual o incumbio de agir prudentemente e conforme á lei e o regulamento. ³³—*Verso lo Stato...non può trovare eccezione la regola: MEMO EX FACTO ALIENO TENETUR: IBI ESSE PAENAM, UBI ET NOXIA: PECCATA SUOS TENEANT AUCTORES* (*Dig. l. II, tit. XIV, 27 § 4º; Cod. l. IX, tit. 47,22*). ³⁴

Os empregados, continua Mantellini, quer civis, quer militares, são todos servidores (*servitori*) do Estado no sentido de que, no serviço que prestam, tem menos direitos a exercitar, que deveres a cumprir. Todos devem desempenharas suas funções sem culpas nem excessos, e nos limites estabelecidos; se deixam de assim fazel-o, são obrigados a

³² Loc. cit., p. 60.—Cf. P. Palazzo, *Teoria della responsabilità civile dello Stato*, p. 33-34.—Palermo, 1889.

³³ Mantellini, ob. cit., p. 135.

³⁴ Loc. cit., p. 148.

prestar rigorosa conta a Administração, ao publico, ou ao terceiro, com quem ou por quem tenham tido de tratar.

Contra o terceiro, que se queixa ser lesado em seu direito civil, pode o empregado apresentar uma escusa tirada das circunstancias do cargo, ou oppôr uma excepção á causa, que lhe tenha sido proposta. Mas o individuo lesado não poderá pretender a responsabilidade civil da Administração, sem mostrar directamente, que o fundamento desta assenta na propria relação institucional, no acto politico da nomeação e na attribuição definida por lei... O lesado recorre em vão ás regras do mandato, as quaes de nenhum modo se podem applicar a quem é nomeado para um cargo, isto é, a quem é designado para certas funcções estatuidas em lei. O mandatario, cujas faculdades são conhecidas, não é obrigado á *nenhuma garantia* por aquillo que pratique alem dos limites do mandato; nem o mandante, tão pouco, fica obrigado por aquillo que o mandatario faça, fora ou alem do mandato... A responsabilidade não poderia estender-se ao *quasi - delicto*; nem tão pouco, é licito recorrer aos principios da acção institoria para supprir a deficiencia do mandato. Si o empregado *age nos limites da sua funcção*, obriga o Estado, tornando-se o acto do empregado, acto do proprio Estado; visto aquelle tel-o praticado, em *representação, nome e conta* do Estado, que, para isto, o havia expressamente delegado (*che aciò lo ha delegato espressamente*). Mas, fora ou alem disto, ou quando não guardados os limites postos, tudo quanto o empregado fizer, não pode obrigar o Estado, nem pelo acto em si mesmo, nem pelas suas consequencias; porquanto o empregado deixara de representar o Estado, do qual certamente não recebera delegação para agir com abuso do seu nome, e de modo a obrigar-o (*dello Stato gli vien meno la delegazione ad agire per lui, a spenderne il nome, a obrigarlo*).³⁵

³⁵ Loc. cit., p. 154-55.

Em outra parte, ainda insistira o citado autor: *“La equità verso il danneggiato deve colpire il danneggiatore, non lo Stato, non il sacro erario, non cioè, la massa dei contribuenti, che in fondo sono loro che pagano senza averci nulla che fare.”*³⁶

De resto, não devemos omitir que Mantellini, talvez, sem guardar muita coerência com a generalidade dos seus próprios princípios, admite igualmente a responsabilidade do Estado, relativa aos actos de direito privado, a dizer, quando elle se apresenta, como proprietario, ou parte em algum contracto ou *litigio (quando lo Stato possedga, contratti, o litighi)*; seguindo, a esse respeito, a distincção systematica, entre os actos de governo e os actos de gestão, materia, de que tambem se dirá em capitulo posterior.³⁷

29 b. — Saredo é tambem contrario ao principio de uma responsabilidade geral do Estado, senão, partidario igualmente decidido da irresponsabilidade do mesmo, pelas actos nitritos dos seus funcionarios.³⁸

Para elle o funcionario não é, nem o representante, nem o mandatario, nem o proposto do Estado; é o proprio Estado em acção (*é lo Stato medesimo in azione*).³⁹

O acto do funcionario é, sem duvida, acto do Estado; mas o funcionario só é de considerar, como tal, enquanto age dentro das normas da lei... Quem contracta com o Estado, diz o autor, deve saber

³⁶ Mantellini, Sulla responsabilità civile dello Stato nei depositi fatti ai cancellieri, Roma, 1879.— Cf. Lomonaco, Delle Obligazioni, t. I, p. 286-89.

³⁷ Mantellini, *Lo Stato ed il Codice civile*, p. 41 sg., 54 e 117.

Cumprê advertir que, não obstante o autor reconhecer a distincção entre os actos *jure imperii*, e os actos *jure gestionis*, nem, por isto, considera a responsabilidade do Estado, *inteira e completa*, mesmo quanto aos actos desta ultima classe. Vide: loc. cit., p. 89, 180-138, 149 sg. e 189 sg.

³⁸ Giuseppe Saredo, La Nuova Legge sulla Amministrazione Comunale e Provinciale, t. II, ns. 1489-1507.— Torino, 1892.

³⁹ Loc. cit., n. 1493.

que este não viola a lei ou o direito... Logo, nem mesmo, no caso de ser subtraído um depósito pelo funcionário infiel, é o Estado obrigado a responder.⁴⁰

“Il dovere del funzionario, quando entra in ufficio, è di ricordare che egli è organo della legge, che deve applicarla strettamente, diligentemente: DILIGENTER GERERE COMMISSUM EST (L. 1. D. de officio procur Caesaris. I, 19), e non già di commettere abusi, illegalità, reati, e di recar danno ai privati. Sarebbe strano, invero, che lo Stato doresse rispondere della colpa commessa dai funzionari in violazione appunto dei doveri chi, per le sue funzioni, questi erano obbligati di compiere! E gli a dire che lo Stato non assume mai responsabilità per fatto de’suoi funzionari? Sì: può assumerla, ma in un caso solo: quando, cioè, la legge lo statuisca conprecisa disposizione”.⁴¹

Si razões políticas e outras, acerescenta Saredo, induzem o legislador a derogar os principios fundamentaes do direito publico, não ha, senão, que obedecer; mas a responsabilidade do Estado deve ser, claramente, taxativamente, determinada. Na duvida, se deve entender que só o funcionario responde pelo seu facto culposos; o Estado, jamais...⁴²

30. — Não ha mister continuar com a citação de autores, que sustentam a doutrina da *irresponsabilidade*; não só, porque ja se fez menção dos principaes, como tambem, porque as razões, invocadas por elles, são quasi sempre as mesmas, e já por demais conhecidas.

Todavia, antes de encerrar o presente capitulo, precisamos referir-nos ainda a determinados pontos, sobre os quaes mais se apoiam os fautores dessa doutrina. Um dos argumentos fundamentaes apresentados, pelos que negam a responsabilidade do Estado, é tirado do proprio conceito da pessoa juridica do mesmo, e se resume no seguinte: Partindo da noção erronea, de que o Estado, como toda pessoa juridica, é

⁴⁰ Ibidem, n. 1498 sg.

⁴¹ Ibidem, n. 1606.

⁴² Ibidem

uma *ficção legal*, e por isto, incapaz de ter vontade própria, pretendem os partidários da irresponsabilidade, que o Estado não póde jamais ser chamado a responder por acto algum lesivo do alheio direito, uma vez que a *existencia efectiva da vontade*, condição essencial da imputabilidade do acto, fallece sabidamente ao Estado.⁴³ E proseguindo no desenvolvimento desta these, accrescentam: que a pessoa juridica, como *criação artificial da lei*, não passa de um conjuncto de direitos e obrigações, que são *realmente* exercitados pelos seus representantes legaes; mas não seria de razão suppor, que, nos poderes *dessa representação*, se incluia juntamente o de commetter actos illicitos, isto é, offensivos do alheio direito; consequentemente, concluem,— que, si os representantes da pessoa juridica do Estado, assim o fizerem, elles, e somente elles, devem ser os responsaveis do damno causado, excluida, por completo, a responsabilidade do Estado.⁴⁴

30 a. — Tambem se tem invocado, em favor da irresponsabilidade do Estado, a autoridade do direito romano, por não se encontrar ahi texto expresso, que reconheça a obrigação do mesmo, pelos *actos lesivos* dos seus representantes. Com effeito, ainda que não faldem no direito romano disposições especiaes, pelas quaes as partes lesadas podiam fazer valer o seu direito contra os excessos ou abusos dos magistrados e outros funcionarios pUBLICOS, mesmo sob o ponto de vista de lhes ser prestada a indemnisação devida⁴⁵; não se nega, todavia, que, *disposição particular*, impondo ao Estado ou Fisco o *dever de reparar os danos dos seus funcionarios*, de maneira solidaria ou ao menos subsidiaria, não se encontra realmente no referido direito.

⁴³ Vide: R. Saleilles, *Theorie Gén. del'Obligation*, n. 320.

⁴⁴ R. Saleilles, loc. cit.;—Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. II, § 470, nota 4;—Michoud, *De la responsablité de l'Etat a raison des fautes de ses agents* (REVUE DU DROIT PUBLIC, t. 3°, p. 409. n. 7, etc).

⁴⁵ Dig, l. XXVII, 8; Cod. l. V, 75; id. l. X, 2 e 16; id. l. LXI, 80; Lex Calpurnia, "judicium repet. pecuniarum"; etc.

“Allein von einer, sei cumulativen oder subsidiären, Haftungspflicht des Staates selbst oder Fiscus aus rechtstviäriger Schadenszufügung der Beamten, dem Beschädigten gegenüber, finden wir im römischen Re chi durchaus keine befriedigende Spur.”⁴⁶

Entretanto, desta ausencia de textos no direito romano, em relação ao Estado, não é lícito inferir, que assim succedia, ou porque, tratando-se de pessoa jurídica, o Estado ou a cidade não deviam responder por factos ou culpas alheias, ou porque, sendo o Estado apenas a *collectividade dos interesses e direitos de todos*, não devia, jamais, indemnizar ao particular, que porventura se considerasse lesado pelos seus actos, aliás, feitos em nome do bem commum... Não, certamente, não. São numerosos os textos, em que se acha consagrada a obrigação expressa de responder por *factos de outrem*, não só, como consequência natural das relações contractuales, como ainda, de relações diversas, taes, as de mandato, as *exercitorias, institorias, quasi institorias*, assim como, as que se costumam ainda agora indicar pelos títulos de “*quod metus causâ, de dolo malo, noxales, furti, condictio furtiva, vi bonorum raptorum, condictio sine causa, actio de in rem verso, iudicium repetundarum pecuniarum*”, etc.; todas as quaes, tanto podiam ter logar contra os individuos, como contra as pessoas collectivas, a dizer, a universitas personarum. Não é mister citar aqui as fontes, que são por demais conhecidas...^{46.a}

⁴⁶ Zachariae, ob. cit., p. 684-87.

^{46.a} Ulpianus: *Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus exactu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri.* (Dig. l. 14, tit. 3, 1; Id. l. 14, tit. 1, 1 pr.)—*Si vi me deiecerit quis nomine municipii, in municipes mini interdictum reddendum, Pomponius scribit, si quid ad eos pervenit* (Dig. l. 43, tit. 16, 4.) *Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur, nec adjicit, A QUO GESTUM; et ideo sive singularis sit persona quae metum intulit, vel POPULUS, vel CURIA, vel COLLEGIUM, vel CORPUS, huic edicto locus erit* (Dig. l. 4, tit. 2, 9, § 1). Vide mais: *Dig. l. 4, tit. 3, de dol. malo; Id. l. 15, tit. 1, 3 § 12, de peculio; Id. l. 19, tit. 1, 30 pr. de action. empti et venâ.; Id. l. 15, tit. 3, de in rem verso; Id. l. 9, tit. 4, de noxalibus action.; Id. l. 12, tit. 7, de condict sine causa; Id. l. 13, tit. 1, condict. furtiva; Id. l. 3178, 2, de legatis et...; Id. l. 39, tit. 2, 17, de damno infecto; et., etc.*

Ora, sendo este o direito privado vigente, diz Zachariae, não se pode negar, que as suas disposições podiam por *analogia* (*Rechtsanalogie*) servir de fundamento racional á responsabilidade do Estado em casos semelhantes. Além disto, se encontram ainda no proprio direito romano certos textos que, em casos particulares, chegaram mesmo a reconhecer a obrigação de indemnizar aos individuos por parte do Estado, como por exemplo, nos casos de *desapropriação* por utilidade publica, e de prejuizos occasionados na execução de obras publicas.^{46.b}

— Não fora, pois, pelo desconhecimento dos bons principios da justiça, que o Estado Romano deixara, porventura, de reparar os danos causados pelos seus representantes. A explicação tinha outra causa conhecida: não se comprehendia então, *no Estado antigo*, que o individuo pudesse ter um direito *definido* contra o Estado; sendo este, por assim dizer, considerado como creador dos proprios direitos individuaes.⁴⁷

30 b. — Concluindo, pois, sobre este ponto diremos: A theoria da irresponsabilidade do Estado, *incondicional, absoluta*, pelos actos dos seus representantes^{47.a}, embora lesivos dos direitos de outrem, não pode ser a regra do Estado, notadamente do Estado moderno,—dados os principios sociologicos e juridicos, sobre os quaes assenta a sua construcção. Por mais elevado que seja o conceito que se queira formar da soberania do Estado, “*summum imperium, summa potestas*”,

^{46.b} 46b Vide: Palazzo—*Teoria della responsabilità civile dello Stato*, p. 9 ; Cf. *Cod. Theod.* 1. 50-51; *Cod. Justin.* 1. 18, *de operibus publicis*, etc.

⁴⁷ De accordo com os principios do direito publico dominante o Estado não podia ser chamado a juizo; consequentemente, faltava ao individuo o meio legal ou *coercitivo* de se fazer indemnizar do damno soffrido. Demais, como se tem tambem advertido, não havia a *separação* dos poderes do Estado, qual hoje se entende e se pratica no Estado moderno. O Estado, sendo o *legislador* e o *juiz* ao mesmo tempo, não se comprehendia, que elle tomasse, *accidentalmente*, o papel de *réo*, respondendo, por assim dizer, perante si mesmo, nos casos em que, como tal, figurasse.—Palazzo, loc. cit., p. 10 sg.; Zachariae, ob. cit., p. 584-87 sg.

^{47.a} Empregaremos a palavra “representantes”, para significar de modo geral todos os que agem ou funcçionam em nome do Estado, ou executam obras e serviços por conta do mesmo, sejam *orgãos*, ou não (*nota 13 retro deste Titulo*).

semelhante conceito não pode ir até ao ponto de excluir a idéa da justiça; porque o Estado é, antes de tudo, a pessoa de direito por excellencia.

Os proprios partidarios da irresponsabilidade sustentam - na, principalmente, como um postulado dos principios, que adoptam em relação á pessoa do Estado; mas, nem por isto, deixam quasi todos elles de admittir, na pratica, a existencia de casos differentes, nos quaes seria impossivel negar a responsabilidade do Estado, como já tivemos occasião de verificar.

CAPITULO III

Theoria da responsabilidade geral

31. — O ponto commum de convergencia da doutrina, de que ora vamos tratar, é a admissão de uma responsabilidade geral, *em principio*, por parte do Estado, pelos actos lesivos dos seus representantes.

Mas, sobre as condições de applicabilidade da doutrina, a dizer: no que respeita á verificação da responsabilidade e os fundamentos racionais desta; quanto á qualidade ou comprehensão da responsabilidade, isto é, *si directa, primaria e solidaria*, ou, *si indirecta*, e simplesmente *subsidiaria*; bem assim, quanto ao direito regulador da mesma, si o direito publico, ou o privado, ou si ambos juntamente; finalmente, quanto á, outras questões incidentes no assumpto; a respeito de tudo isso ainda se nota até hoje a maior discordancia de vistas e pareceres, entre os mais distinctos autores que tem tratado da materia.

Emquanto, de um lado, se entende e se sustenta, que a responsabilidade do Estado deve ser encarada e decidida pelos mesmos principios e disposições do direito commum, como si se tratasse de simples pessoa do direito privado;— de outro lado, se contende, que o direito commum ou privado seria, pela propria natureza e fins, incapaz de dar por si só a razão ou o fundamento juridico da responsabilidade, toda

especial, que cabe ao Estado, pelos actos dos seus representantes ou funcionarios. Os que combatem a applicabilidade exclusiva do direito commum, tambem por sua vez se subdividem; resultando consequentemente: — que, segundo uns, a verificação de semelhante responsabilidade é materia privativa do direito publico; em quanto que, segundo outros, a mesma deve ser procurada, parte, nas disposições deste ultimo direito, e parte, nas do direito privado, ou na applicação dos principios geraes da justiça e equidade.⁴⁸

Por nossa parte, sem desconhecer o interesse theorico e pratico que haja, em elucidar a questão particular de saber, — si a responsabilidade do Estado deve ser fundada, *exclusiva* ou principalmente, no direito publico, ou no direito privado, ou ainda, em leis especiaes segundo os casos differentes; pensamos, todavia, que ao nosso actual intento, não é imprescindivel a discussão preliminar deste ponto, — para que, somente depois, se possa bem examinar e apreciar os fundamentos diversos, com que se tem procurado justificar a alludida responsabilidade. O que por ora nos preoccupa de preferencia, não é averiguar, si o acto arguido cabe com maior justeza scientifica no escopo do direito publico, do que no do direito privado, e vice-versa, — mas, si o acto é susceptivel de gerar uma obrigação civil contra o Estado, conforme a idéa da justiça, fundamento essencial, identico, desses dous ramos do direito.⁴⁹

31 a. — Como fundamentos principaes da responsabilidade geral do Estado, se apontam commummente os seguintes:

⁴⁸ Sustentam que a questão pertence ao direito privado, além de outros: F. Laurent, *Cours de droit civil*, e *Principes de droit civil*; Marcadé, *Explication theor. et pratique du Code Napoleon*; Sourdat, *Traité Gén. de la responsabilité*; Meucci, *Inst. di diritto Amministrativo*; Gierke, *Die Genossenschaftstheorie*.

Entendem que ella só pôde ser resolvida pelo direito publico, além de outros: Pfeiffer, *Schmitthenner*, *Zachariae*, etc.

Pretendem que a solução depende, parte do direito privado, e parte do direito publico, além do outros: *Heffter*, *Meisterlin*, *Schwarze*, *Bonasi*, etc.

⁴⁹ Hic, Titulo Segundo, cap. IV.

a) Entre o Estado e o funcionario dá-se a mesma relação que ha entre mandante e mandatario;

b) Ou a relação é identica á do *dominus negotii* e o *institor*, ou a do *preponente* e do *preposto*;

c) A responsabilidade resulta da *garantia*, que o Estado assume, pelo acto da *nomeação* do funcionario, e o dever consequente de *obediencia*, que o Estado impõe aos particulares para com o funcionario;

d) Ella resulta do *character representativo* do funcionario, cujos actos devem ser considerados actos do representado; ou ainda, de não haver *distincção* entre o Estado e o funcionario, e, juridicamente faliando, só existir uma só pessoa ou um mesmo sujeito de obrigações e direitos;

e) A responsabilidade justifica-se , finalmente, pelo dever de protecção, que incumbe ao Estado, em relação aos individuos em geral.

32. — H. Zöpfl.⁵⁰ não admittindo, como queria Gönner⁵¹, que o cargo publico seja uma forma do *mandato* do direito privado, vê nelle, todavia, uma relação de natureza *instttoria*, e por isto, apresenta, como fundamento da responsabilidade primaria que, segundo elle, incumbe ao Estado pelos actos illicitos de seus funcionarios, o *principio analogo*, consagrado no direito romano, sobre a responsabilidade do *dominus* pelo *institor*. Justifica o emprego dessa analogia: em geral, porque na responsabilidade do Estado pelos actos referidos trata-se essencialmente de fazer valer uma pretensão de direito privado (*um die Geltendmachung eines privatrechtlichen Anspruches*); e em particular quanto á Allemanha,—porque nesta é *admissivel, senão obrigatorio*, recorrer, na

⁵⁰ "Grundsätze cles gemeinen seutschen Staatsrechta", § 520 (5ª edic. 1863).

⁵¹ Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der National Oekonomie betrachtet. (1808).

falta de disposição legal expressa, as regras do direito civil romano, por *analogia*, desde que se verifique, no caso, a mesma razão de direito (*wo dieselbe ratio juris hervortrete*).⁵²

Alem disto, acredita poder tambem explicar, como sendo de caracter *stato - juridico*,⁵³ o fundamento por elle adoptado; visto ser o mesmo resultante da moderna situação do funcionario, facto novo ou ainda desconhecido ao direito romano.

Segundo diz Piloty, o referido autor attribue ao acto da nomeação do funcionario, em relação ao *Publicum*, um effeito inteiramente igual ao que tinha o *jussus* da relação institoria no direito romano; considerando que este modo de ver, é tanto mais justificavel, quando se sabe, que a relação institoria nem Sempre precisa fundar-se num *mandato*, ella se póde fundar no encargo ou ordem recebida do titular de uma faculdade ou direito (*auf einem jussus des Inhabers einer potestas*), sem que se dê no caso relação alguma de mandato.—Que o acto do funcionario seja da esphera do direito publico ou do direito privado, é, no pensar de Zöpfl, cousa inteiramente indifferente, quer em vista do serviço publico, quer em vista da pretensão de indemnisação do lesado, contra o funcionario ou centra o Estado⁵⁴

33. — C. von Kissling entende, que dá-se uma responsabilidade *primaria* do Estado conforme ao direito commum, toda

⁵² Não se ignora, que a applicação dos textos romanos, *por analogia*, é tambem autorizada no Brazil, onde o direito romano continua a servir de *legislação subsidiaria*. (Lei de 18 de Agosto de 1769, e de 20 de Outubro de 1823).

⁵³ Para corresponder á technologia de certos escriptores allemães, que distinguem entre os vocabulos—*Staatsrechtliche* e *öffentlichrechtliche Verhältnisse*,—nós diremos respectivamente, "*relações statojuridicas*, e *relações de direito publico*", muito embora certos, de que são ellas de natureza identica.

⁵⁴ Piloty, ob. cit., p. 245 sg. Outros autores allemães, anteriores ou contemporaneos de Zöpfl, sustentam igualmente a analogia da actio institoria do direito romano, como admissivel na materia; entre elles: Buddeus, no "*Weiske's Rechtslexikon*" II (1844); Reyscher, na "*Zeitschrift für das deutsche Recht*" (1839); Gründler, na "*Zu-Rheins Zeitschrift für Theorie und Praxis des bayer. zivil-kriminal und öffentlichen Rechts*" (1887); apud Piloty, loc. cit.

vez que os direitos particulares do cidadão forem lesados por actos ou omissões illegaes dos funcckionarios, no exercicio da publica autoridade.

Essa responsabilidade cessa, todavia: si o lesado incorrer em culpa, por não se ter utilizado do remedio de direito que lhe era facultado, assim como, si elle ainda se *puder apegar* a um terceiro, para resarcir-se do damno soffrido (*Diese Haftung ist jedoch ausgeschlossen, wenn den Beschädigten selbst ein Verschulden trifft, insofern er ein Rechtsmittel, das ihm zu Gebote stand, unbenützt Hess, sowie, dann, wenn er sich noch an einem Dritten Schadlos halten kann*). O fundamento da responsabilidade do Estado esta na *garantia*, que este assume pelos actos do funcckionario. Diz elle: O Estado crea pela sua legislação, de um lado, uma relação de *representação* (*ein Repräsentations - verhältniss*) entre si e o funcckionario, e de outro lado, uma relação de sujeição entre este e os seus subditos; dahi a garantia assumida pelo Estado por *todos os actos* do funcckionario, concernentes aos mesmos subditos.

Ao dever de obediencia, imposto ao subdito, corresponde o dever do exercicio ou uso legal das attribuições e prerogativas do poder publico. A razão, porque ao Estado deve caber responsabilidade *primaria*, vêm de que, na maioria das vezes, seria impossivel ao lesado *descobrir* o funcckionario culpado...⁵⁵

⁵⁵ C. v. Kissling, *Gutachten in den Verhandlungen des achten deutschen Juristentags*, t.I, p. 389 sg.—Cf. Piloty; loc. cit., p. 250. — Já *Sundheim*, em começos do seculo passado, havia advertido que a obrigação de indemnisação do Estado, relativamente aos actos illicitos, commettidos por seus funcckionarios no exercicio da publica autoridade (*bei Ausübung der Staats-hoheitsrechte*) não podia ser decidida em vista dos principios do direito privado somente. Ainda que elle recorresse tambem ás *analogias* deste direito, procurou, não obstante, deixar bem accentuado o seguinte fundamento: “desde que o Estado colloca os funcckionarios em posição, que os autorisa a usar das suas funcções, bem ou mal, contra os subditos, o mesmo se torna responsavel, (pelo facto dessa outorga de autoridade ao funcckionario) da lesão, que for feita aos seus subditos pelos funcckionarios, como representantes do Estado”.— “*Dass der Staat dadurch, dass er die Beamten zu den Unterthanen in ein Verhältniss gesetzt hat, seinen Dienst zu Unrecht und Geivalt toider die letztern gebrauchen zu können,—dass der Staat aus dieser seiner Handhmg der Uebertragung soleher Macht für das Unrecht und die Verletzung verantwortlich sei, welche seinen Unterthanen durch seine Beamten, als Repräsentanten*

34. — Dreyer ensina que, em virtude do principio da *representação*, dá-se irrefutavelmente a responsabilidade geral do Estado pelos actos dos seus funcionarios: estes não são simples mandatarios, são membros ou partes organicas do Estado (*Die handelnde Glieder sind organische Theile des Ganzen; durch sie handelt also in der That der Staat selbst*).

E partindo desta concepção, tão nitida para elle, Dreyer não podia deixar de considerar dita responsabilidade, assas justificada, como fez ; e bem assim, que ella devia ser *directa* ou *primaria*, por parte do Estado.⁵⁶

Entre os actos, que a podem occasionar, se devem indubitavelmente incluir os dos juizes, os quaes participam da mesma natureza dos demais funcionarios.

Sobald man davon ausgeht, dass der Richter, welcher in wider - rechtlicher Weise einen Angeklagten geschädigt hat, NICHT ALS BEVOLLMÄCHTIGTER DES STAATS, sondern als organischer Theil desselben functionirt hat, só muss die Ersatzpflicht des Staats ausser allem Zweifel stehen.⁵⁷

von ihm, zugefügt werden (*Praktische Rechtsfragen, I, Ueber Schadenstiftung durch Staatsbeamten und Haftverbindlichkeit des Staats dafür*, p. 4 sg.—Giessen, 1827);— apud. Zachariae, ob. cit., p. 601; — Cf. Loening, ob. cit., p. 47.

⁵⁶ *Verpflichtung des Staats aus den Sandlungen seiner Beamten (Zeitschrift für französisches Civiltrecht*, III e IV.)—Cf. Loening, loc. cit.; Pillot, loc. cit., p. 251.

⁵⁷ Loening, ob. cit., p. 106, nota 1.

— Karl Salomo Zachariae justifica a responsabilidade geral, primaria, do Estado nestes termos: *Ein Beamter ist mehr als ein blosser Bevollmächtigter, er ist in Beziehung auf sein Amt schlechthin als eine und diesselbe Person mit dem Staatsherrscher, oder als dessen Vertreter zu betrachten.* — (*Vierzig Bücher vom Staate*, I, p. 99).

— Meisterlin funda a responsabilidade primaria do Estado, não só, na falta de boa nomeação e fiscalisação do funcionario, mas tambem, na negligencia do Estado nos seguintes casos:—em não adoptar as disposições mais convenientes ao serviço;—em não prover devidamente aos cargos;—em não fornecer o pessoal e meios bastantes para os fins necessarios do serviço;—finalmente, era não haver delimitado, devidamente, o circulo de acção dos respectivos funcionarios.—(*Die Verhältnisse der Staatsdiener*, p. 99 sg.,—1838).

— Heffter entende que, na materia da responsabilidade do Estado, o principio do mandato só é admissivel, quando o acto arguido corresponde realmente a um encargo ou commissão recebida do Estado; mas que se dá, sem duvida, essa responsabilidade,

35. — Pfeiffer reconhece uma responsabilidade *primaria* do Estado, com fundamento no *direito publico*, nos seguintes casos:

1) O Estado responde — primariamente — pelo damno causado aos valores pecuniarios, consignados judicialmente, desde que se dê negligencia na guarda ou conservação dos mesmos ;

2) Responde, do mesmo modo, pelos actos illicitos das autoridades ou funcionarios administrativos, si pelos mesmos fôr lesada a liberdade ou a propriedade do cidadão.

Não é admissível a distincção, entre actos do Governo e actos dos funcionarios, quando estes representam o Estado em suas relações contractuaes.

A responsabilidade do Estado, segundo Pfeiffer, assenta em considerações *stato-juridicas* superiores, taes como:

a) Os funcionarios administrativos representam o Estado na sua effectividade (*in seiner Wirksamkeit*); e por isso, os actos daquelles devem ser considerados, como si fossem actos immediatos deste.

b) Os subditos estão para com o Estado e para com os funcionarios (no exercicio das suas faculdades) em uma relação de sujeição; e desde que o funcionario póde, usando da publica autoridade, que lhe foi conferida, empregar a coacção, se deve igualmente admittir o direito de pedir reparação em favor do individuo, que fôr, por ventura, lesado pelo funcionario.

desde que houver *culpa* na nomeação ou na fiscalisação do funcionario, por parte do Estado. — Quanto, porém, ao montante da responsabilidade, este não deve ser, senão, *até quanto* o Estado haja tirado lucro do acto ou facto em questão.—*Beiträge zum deutschen Staats=und=Fürstenrecht*, p. 162 sg.; *Archiv. des Criminalrechts*, p. 446 e 458. — (1851): apud Loening. loc. cit., p. 100; Piloty, loc. cit., p. 252.

c) Este direito subsiste o mesmo, quer se trate de funcionario administrativo, quer se trate de funcionario judicial.

Mas, com relação aos juizes, Pfeiffer nega a responsabilidade do Estado, por motivo de suas sentenças; não só, porque os mesmos decidem com inteira independencia do chefe de Estado (*des Staatsoberhauptes*), mas tambem, porque o *direito de acção* conferido ao cidadão é, simplesmente, um direito formal (*und der Anspruch des Staatsbürgers auf Rechtsprechung nur ein Anspruch auf formélles Recht ist*).

Cumpré, por fim, notar que a reponsabilidade do Estado pelos actos illicitos es tende-se, mesmo, aos não - funcionarios, desde que se tratar de individuos que agirem em nome do Estado ou debaixo de suas vistas, para um fim publico determinado. E', porém, de advertir que, com relação a estes últimos, o autor só reconhece, contra o Estado, uma responsabilidade subsidiaria, e esta, somente no caso de dar-se *culpa* na má escolha do individuo em questão.⁵⁸

36. — F. Schwarze não exclue, no todo, a analogia da *actio institoria*, como fundamento da responsabilidade *primaria* do Estado pelos actos ou omissões illegaes, commettidas pelos juizes no exercicio dos cargos; mas é no elemento da *representação*, que se encontra o melhor argumento da sua theoria. O juiz, diz elle, abusa da sua autoridade, como representante do Estado, e o particular é lesado, justamente, pela confiança, que deposita nessa representação. O individuo não é lesado, por negligencia da sua parte, mas por abuso do *representante* do Estado, o funcionario, do qual o Estado, nomeando - o e revestindo-o da sua autoridade, se constituiu *garante* de sua *recta* conducta... O juiz deve applicar e executar a lei do Estado; é a lei viva (*das lebendige Gesetz*); o

⁵⁸ Pfeiffer, *Praktische Aiusführungen aus allen Theilen der Rechts-wissenschaft*, t. II, (1828) p. 361-384 ; t. III, (1881), p. 380-386; t. VDI, (1846) p. 545 seg. — Cf. Loening, ob. cit., p. 48 seg., 97 seg.; — Zachariae, loc. cit., p. 601, seg.

particular vê nelle o representante da lei e do Estado, e por isso se conforma com as suas decisões, como si fossem decisões do Estado e da lei, proferidas por intermedio do juiz... E' o proprio Estado, quem apresenta o juiz aos particulares, como sendo a mão e a boca do Estado; e é esta a razão, porque se presta ao juiz a obediencia, que é devida ao Estado.⁵⁹ Segundo o autor a responsabilidade do Estado se deve estender igualmente aos demais funcionarios, auxiliares dos juizes e tribunaes.

Schwarze não se pronunciara sobre actos illicitos dos funcionarios administrativos; mas, conhecidos os principios, em que elle se apoia para affirmar a responsabilidade do Estado pelos actos judiciaes, duvida não pode haver, que, aos seus olhos, os mesmos principios deveriam ter igual applicação aos actos administrativos.⁶⁰

37. — Schmitthenner expõe a sua doutrina em breves palavras:—entende que o acto, pelo qual um funcionario faz, de proposito ou por negligencia, damno a outrem, é um acto do poder publico (*ein Akt der öffentlichen Gewalt*), e, consequentemente, é dever do Estado assumir a obrigação de *garantia* do mesmo, e prestar "*in subsidium*"—a indemnização devida. Isto decorre, pensa o autor, da propria natureza do serviço publico.⁶¹

38. — H. A. Zachariae, a quem se deve um estudo geral, methodico, da materia sob os seus diversos aspectos, e dos principios que lhe são applicaveis, ensina que, na indagação da verdade, se devem admittir as seguintes proposições:

⁵⁹ Schwarze, "*Zeitschnft für Rechtspflege und Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen*," (1854), p. 305 segs.— Cf. Piloty, loc. cit.

⁶⁰ Strippelmann tambem admitte uma responsabilidade *primaria* do Estado, fundando-a, principalmente, na *unidade* da *pessoa* Estado com a do funcionario ("*Neue Sammlung bemerkenswerther Erkenntnisse*" des O.A.G.'s zu Kassel, IV, p. 296 und VI, p. 248 segs.)

⁶¹ "Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrecht", p. 513 (1845).

a) A questão não póde ser resolvida pelas disposições do direito privado, e nem a *analogia*, fundada nesse direito, seria applicavel á relações do direito publico, por faltar a sua condição primeira—a “*paritas rationis*”; visto como entre o Estado e o funcçionario dá-se uma relação diversa da que existe entre o *contractante*, o *mandante*, ou o *dono* do negocio (*dominus negotii*).⁶²

b) Tambem não se póde cogitar de culpa do Estado na nomeação do funcçionario, — porque a culpa presuppõe sempre a existencia de uma pessoa natural; conseguintemente, si culpa se dér, ella deve recahir sobre o autor da nomeação, isto é, o soberano ou o ministro responsavel, mas, não, sobre o Estado. E do que resulta juntamente, que a questão é do direito publico (*auf staatsrechtlichen Gründen*) e não, do direito privado.

c) Para que se possa fazer valer uma acção de indemnisação contra o Estado, precisa que se tenha dado a violação de um *direito objectivo* e a culpa *subjectiva* do funcçionario, agindo dentro das proprias attribuições.

d) Assim como os actos de individuos não funcçionarios não podem crear obrigação alguma contra o Estado; assim tambem, os efeitos dos proprios actos do funcçionario não a criam, desde que o mesmo agir fora das suas attribuições.

e) Como actos illicitos do funcçionario, só são de considerar os que se manifestam por um uso illegal do cargo ou da autoridade propria (*der Amtsgewalt*).⁶³

Os mesmos principios são applicaveis ás omissões de dever por parte do funcçionario; observando-se , a esse respeito, a seguinte

⁶² “*Ueber die Haftungverbindlichkeit des Staats*”, p. 607, seg.

⁶³ Zachariae, ob. cit., p. 607 e 616 sg.;—Idem, *Deutsches Staats=und=Bundes Becht* (3ª edic);—Idem, *Verhandlungen des VI deutschen Juristentags* t. III, p. 323 sg.

regra:—Si ao funcionario incumbia a obrigação, pura e simples (*unbedingte Verpflichtung*) de, segundo o objecto, modo e qualidade, fazer determinado acto, e o damno proveio dal omissão desse acto, o Estado torna-se responsavel pelo mesmo; mas, si o damno resultar de actos positivos de terceiros, capazes de responder por si mesmos “*ex - delicto suo*” ou si ao funcionario era licito intervir ao seu livre criterio; então, o Estado só será responsavel, si o funcionario tambem o fôr, em vista das circunstancias.⁶⁴

— Advertindo, que a *representação* do Estado não é um acto de *livre arbitrio*, mas *condição necessaria* da sua existencia, como organismo vivo, Zachariae firma tambem o principio geral, de que, assim como os actos dos seus órgãos lhe podem trazer direitos e vantagens, do mesmo modo, lhe devem trazer igualmente obrigações ou responsabilidades; e que, em consecuencia se deve accentuar: “Quando os funcionarios agem, como órgãos do Estado, e fazem uso do poder que lhes fora outorgado para fins do Estado, os seus actos devem ser considerados juridicamente, como actos do proprio Estado”; regra, que prevalece, acrescenta elle, tanto em relação á chamada *garantia* dos funcionarios publicos nas suas funções, como no caso de lesões illegaes commettidas pelos mesmos funcionarios contra os governados (*Unterthanen*). Deste modo, a responsabilidade do Estado pelo damno de seus funcionarios torna-se uma obrigação rigorosamente juridica, fundada no direito publico (*Auf diese Weise wird die Haftpflicht des Staats für Schadenszufügung seiner Beamten eine streng rechfliche auf staastrechtlicher Basis beruhende Forderung*); e seria preciso desconhecer completamente a natureza da ordem estadual (*des Wesens der*

⁶⁴ Zachariae, *Ueber die Haftwigsverbindlichkeit des Staats*, p. 617 e 642 sg.—Of. Piloty, ob. clt., p. 256.— Zachariae especifica varios casos, nos quaes a responsabilidade do Estado resulta da omissão, por exemplo: — a falta de garantia ou segurança individual, a negligencia pelos caminhos e pontes publicas, etc. etc.—Ibidem, p. 642-645.

Staatsordnung), para suppor que, no caso, se trata de uma simples relação moral, e não, efectivamente jurídica.⁶⁵

Preopinara, porém, o illustre autor que, em regra, a responsabilidade do Estado só devia ser subsidiária, uma especie de garantia ou fiança, pela conducta do seu representante, e, consequentemente, pelos efeitos dos actos deste, quando lesivos do alheio direito (...*eine Burgsehaft, eine Garantieleistung des Staats*), por ser essa responsabilidade, a que mais se ajusta ao conceito do Estado, e bem assim, ás relações *statojuridicas* entre este e os funcionarios, e ás relações de sujeição entre os subditos (governados) e o Estado.⁶⁶

Tambem não deixou Zachariae de fazer distincção conveniente entre os actos que pela sua natureza pertencem ao direito privado, e aquelles, em que se trata de executar ordens ou resoluções do poder publico contra os que lhe são sujeitos; mas cumpre advertir, — assim não o fizera, no intuito de declarar o *Estado inteiramente irresponsavel* pelas consequencias dos *actos de poder publico* como outros tem pretendido. Quanto aos primeiros, desde que o Estado entra na esphera dos negocios ou empresas de character privado, entendia de razão que o mesmo assumisse uma responsabilidade, tão directa e completa, quanto resulta do direito commum ou civil para os proprios individuos particulares (*Es entscheiden hier die geltenden Grundsätze des gemeinen Civilrechts und es liegt durchaus kein Grund vor, den Staat hier anders, in beschränkterer*

⁶⁵ Zachariae, Loc. cit., p. 632.

⁶⁶ Zachariae, ob. cit., p. 619 sg.— Cf. Loening, ob. cit., p. 101 sg.; Piloty, loc. cit., p. 255 sg.—Vide: Hic, p. 96.

Deste modo de ver de Zachariae quanto á *fiança* ou *garantia* por parte do Estado, é tambem *Gerber*, o qual assim se exprime: “Si ao funcionario culposo faltarem meios pecuniarios, cabe a acção contra o *Fisco*; pois, na nomeação de um funcionario, isto é, na sua investidura de autoridade publica, e na *obrigação*, creada para o *Publico*, de respeitá-lo, como representante do poder legal, se incluye o compromisso tacito de *garantia subsidiaria* pelas responsabilidades do mesmo, tanto as resultantes do uso indevido das attribuições que lhe foram conferidas, como as originadas da omissão dos deveres do cargo”.—*Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, p. 202 sg. (1865).

oder in weitergehender Weise, hafien zulassen, ais jeden andern Geschäftsherrn, es mag nun ein Individuum oder eine dem Staate untergeordnete Corporation oder juristische Persönlichkeit der Contrahent sein);⁶⁷ cabendo, no caso, alem das disposições das leis especiaes, os principios da relação institoria.⁶⁸

— Tratando-se por ventura de danos causados aos bens ou valores em deposito ou sequestros judiciais, era de parecer que a responsabilidade do Estado devia ser *primaria*, e não, simplesmente *subsidiaria*, como em geral.⁶⁹

— Quanto aos *actos de poder publico*, propriamente ditos, a dizer, aquelles, para cuja realização ou execução a autoridade pode empregar a coerção legal, — não deviam ser elles encarados sob o ponto de vista da responsabilidade do *mandante* pelos actos de seu *mandatario* ou do *dono do negocio* pelos actos de seus *prepostos (institores)*; seria desconhecer a posição do Estado para com os seus funcionarios e os seus súbditos... O *poder* do funcionario provém da autoridade suprema do Estado, e a *sujeição* do governado (*Unterthan*) é consequencia necessaria da ordem estadual (*der Staatsordnung*); mas, desde que o acto do funcionario, dentro das suas attribuições, é de considerar — acto do Estado, como já se disse, segue-se simplesmente dahi a responsabilidade do mesmo Estado pelas lesões feitas aos governados, guardadas, muito embora, restricções diversas. E', sobretudo, acerca de taes actos, que o autor pretende, que a garantia do Estado deve ser meramente *subsidiaria*; porque, em relação aos mesmos, a cousa succede inteiramente diferente, do que se dá com os actos de character privado.⁷⁰

⁶⁷ Ob. cit. p. 620.

⁶⁸ Ibidem, p. 623-625.

⁶⁹ Ibidem, p. 626 sg.

⁷⁰ Loc. cit., p. 633-34.

Finalmente, segundo Zachariae, não ha fundamento algum para distinguir entre funcionarios administrativos e judiciaires, no tocante á responsabilidade do Estado; uma vez que os ultimos são igualmente de considerar, como órgãos do poder publico, na esfera de suas attribuições.⁷¹

38. — A litteratura juridica dos outros Estados da Europa, excepção talvez feita da Italia, não offerece muitos *trabalhos especiaes*, consagrados ao estudo da importante questão da responsabilidade civil do Estado. Na França, por exemplo, e tambem na Belgica, as opiniões dos autores a esse respeito se encontram, em geral, nas proprias obras do direito civil (damnos do *delicto* e do *quasi-delicto*), ou nas do direito administrativo; mas, nem sempre, enunciadas com o preciso desenvolvimento, que a materia requer.⁷²

38 a. — Marcadé, na sua obra sobre o Codigo Napoleão, ensina, que as disposições deste, que regem as relações entre o *committente* ou *dono* do *negocio* e o *commissario* ou *preposto*, são igualmente applicaveis ao Estado e os seus funcionarios; dizendo, consequentemente, a proposito do dispositivo do art. 1384 do referido codigo, o seguinte:

“Les maitres et commettants sont tenus du dommage causé par leur domestiques et prwposés”. — La règle, bien entendu, s’applique á l’Etat et aux diverses administrations publiques par rapport á leurs agents, préposés ou employés, comme aux commettants particuliers.⁷³

⁷¹ Ibidem, p. 637-642.

⁷² “Os trabalhos especiaes”, publicados em França, que são mais conhecidos e, certamente, importantes, são:—Sourdat, *Traité gen. de la responsabilité*;—Sanslerville, *De la responsabilité de l’Etat en matière de postes et télégraphes*;—Michoud, *De la responsabilité de l’Etat à raison des fautes de ses agents* (Revue du droit public, t. III e IV, de 1895);—Henri Bailby, *De la responsabilité de l’Etat envers les particuliers*, 1901.— Dos trabalhos de Sourdat, Michoud, e Bailby se dirá no cap. IV seguinte.

⁷³ Marcadé, *Explication Theorique et Pratique du Code Napoleon*, t. V, p. 270(5ª edic.).

38 b. — F. Laurent se mostra ainda mais positivo, dizendo sobre a materia:

“L’Etat c’est - à - dire, le gouvernement est aussi responsable en vertu des articles 1382 et 1383. Tout droit lésé donne droit à une réparation, à moins que la partie lésée ne se trouve en face d’un pouvoir irresponsable, tel que le pouvoir législatif. Or, le gouvernement est responsable quand il agit comme tel; — ce qui est décisif. Peu importe qu’il ait le droit et même l’obligation de faire ce qu’il a fait; cela n’excuse pas les particuliers qui lésent un droit, et cela n’excuse pas non plus l’Etat. Il en est ainsi en matière de travaux publics: le gouvernement a le droit et le devoir de les faire, mais il ne peut pas lésar un droit en les faisant; des qu’il a lésé un droit, il est responsable. Ce que nous disons de l’Etat s’applique aux provinces et aux communes, qui sont une partie integrante de l’Etat.”⁷⁴

E ainda depois acrescenta:

“La responsabilité des commettants s’applique - t - elle à l’Etat? L’affirmative est certaine, quant au principe, c’est - à - dire, que l’Etat est responsable quand il est commettant. Mais la difficulté est de savoir quand on peut dire que l’Etat est commettant et que le dommage est cause par un de ses préposés. Il faut appliquer, par analogie, à l’Etat ce que la loi dit des particuliers. Le maître emploie ses domestiques à un service qu’il ne veut ou ne peut faire lui-même; la loi le déclare responsable lorsque le domestique, dans l’exercice de ses fonctions, cause un dommage par sa faute. Ainsi ce qui caractérise le commettant et le préposé, c’est un service que le préposé exécute au nom et pour le compte du commettant. Ce principe s’applique à l’Etat quand il agit par l’intermédiaire de ses agents. Tel est le transport de lettres et dépêches; c’est un service que l’Etat remplit par l’intermédiaire des courriers ou de l’Administration des chemins de fer.

A plus forte raison en est - il de même, quand l’Etat est industriel, et il est, quand il exploite voies ferrées, car il est chef d’industrie. commettant; il choisit ses agents; s’il les choisit mal, il est responsable pour avoir fait un mauvais choix”.

⁷⁴ F. Laurent, *Cours Elem. de droit civil*, t. III, n. 361; *Principes de droit civil*, t. XX, ns. 419, 420, 432, 489-442.

O autor abre, todavia, uma larga excepção á responsabilidade do Estado, desde que não se tratar de actos praticados pelos seus prepostos, propriamente ditos...Eis, como elle se exprime neste particular:

“ L’Etat n’est pas responsable quand ce n’est pas lui qui agit,—quand il se borne à organiser et à diriger un service public. La justice et l’enseignement sont des services, mais ce n’est pas l’Etat qui juge et qui enseigne; les juges et les professeurs ne sont pas ses préposés; donc l’Etat n’est pas commettant, et partant il n’est pas responsable. ”⁷⁵

39. — Lorenzo Meucci é um dos autores modernos, que sustenta o principio da responsabilidade geral do Estado, da maneira mais clara e decidida, e por isto convirá lel - o, em parte ao menos, nas suas proprias palavras. Diz elle:

Il sostenere in generale che lo Stato e le amministrazione pubbliche non debbano rispondere dei fatto de’loro funzionari vale quanto distruggere ogni obbligazione dell’Amministrazione, contro la essenza e lo scopo d’ogni istituto pubblico, contro ogni principio di ragione e contro la legge positiva che fu dettata appositamente per dichiarare essa Amministrazione non solo obbligata, ma obbligata per diritto comune e nelle vie processuali ordinario di rispondere ai privati d’ogni diritto civile o politico offeso (*Legge sul contenzioso amministrativo 20 marzo 1865, allegato E*). Imperocchè se l’amministrazione pubblica contrae obblighi, non altrimenti può contrali se non pei fatti dei suoi funzionari. La osservazione sarebbe inutile se non fosse necessaria per correggere certe formule di cui si abusa, lasciando sottintendere quello che in ragionamenti scientifici non si deve altrimenti sottintendere, ma esattamente esprimere.

⁷⁵ “ *Cours Elem. de droit civil*”, n. 372; — “*Principes*”, loc. cit., D. 593.

A. Batbie, *Precis du Cours de droit public et administratif* (p. 323. nota, — Pariz, 1885): “ L’administration est-elle tenue, envers les tiers lésés, de réparer le préjudice qui leur a été cause par les délits ou quasi-délits des agents administratifs? L’art. 1384 du Code Civil déclare les commettants responsables du dommage causé par leurs préposés, dans les fonctions auxquelles ils sont employés; et s’il s’agit de savoir si le droit commun est applicable à l’Etat; IL DEVRAIT L’ÊTRE, A PLUS FORTE RAISON, puisque les services administratifs sont monopolisés et que les particuliers ne sont pas libres d’employer d’autres agents. Mais la jurisprudence administrative tend à ne reconnaître cette responsabilité que dans le cas où l’agent a causé le préjudice en agissant dans les limites de ses attributions; s’il en est sorti, les tiers n’ont de recours, que contre l’auteur du fait dommageable ”.

La prima dichiarazione adunque, sia che la responsabilità dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni é ammessa pei contratti di 'suoi funzionari, stipulati in loro nome e nel loro interesse. Questa responsabilità contrattuale e *diretta* o si svolge per fatti leciti posti dai suoi funzionari in adem pimento delle assunte obbligazioni, come quando lo Stato restituisce un deposito ricevuto, o si commette per contravvenzione colposa e dolosa che si faceca ai patti contrattuali, come quando lo Stato sia chiamato a restituire un deposito sottratto per fatto dei suoi agenti.

L' obbligazione, ossia la responsabilità, non mu ta nei due rcati, essendochè nel secondo il fatto illecito dei funzionario è affatto *incidente* al contratto, di guisa che lo Stato non risponde solo per la colpa o pei delitto dei funzionario, cioè pei mero rapporto institorio che lo lega ai funzionario, ma risponde pei contratto stesso che ha col terzo depositante, cioè pei principio che il depositario é tenuto per qualunque colpa e sempre, tranne solo il caso di forza maggiore (*codice civ.. art. 1848, 1865*)...Il simile è da dire in tutti i casi di contratti, sia per imprese private, sia per opere pubbliche e forniture, di depositi e custodia di valori, dove il fatto d'un agente dell'amministrazione fa sì che l'amministrazione stessa contraente e obbligata non possa soddisfare ai suoi obblighi, e quindi debba sottostare ai danni dell'inadempimento. In tutti questi casi la questione è di responsabilità contrattuale e non per quasi - delitto. E tra le due responsabilità v'è, tra le altre, questa differenza, che la prima è *diretta* anzi *esclusiva* dell'amministrazione in nome della quale il funzionario contrasse; mentre la seconda è indiretta e di *riverbero* per l'amministrazione e concorre sempre colla responsabilità diretta dei funzionario calpevole verso la parte lesa".⁷⁶

39 a. — Como acabamos de ver, o autor é partidario declarado da responsabilidade do Estado, quanto ao que elle chama responsabilidade directa; apoiando o seu juizo juntamente em varias decisões judiciais, que considera no todo correctas, e ás quaes tambem teremos occasião de referir - nos em outro lugar. Este ponto, é portanto, para elle, fora de questão.

⁷⁶ Meucci, *Diritto Amministrativo*, p. 260-62. Torino, 1898, 4° edíc.

Duvida só poderá existir, segundo Meucci, acerca da responsabilidade que, independente de toda a declaração directa ou especifica de sua vontade, possa, não obstante, caber á administração pelos actos illicitos dos funcionarios, “por força da propria declaração generica de vontade, manifestada na nomeação dos funcionarios publicos” (*nella assunzione de funzionari publici*); ou em outros termos,— toda questão se restringe ao fundamento da responsabilidade *indirecta* ou *ex quasi-delicto*...

Para bem elucidal-a, o autor aprecia: primeiro, a natureza da obrigação indirecta no seu character de relação institoria; depois, si ella convém á natureza generica de um ente moral; finalmente, si a mesma pôde ajustar-se á natureza especifica do Estado e das administrações publicas, e em que limites e effeitos. Da sua exposição a esse respeito, diremos aqui, tão sómente, o indispensavel ao nosso proposito.

Meucci entende que, responsabilidade *indirecta* ou por quasi-delicto, se diz aquella que se contrahe por acto de pessoa em nossa dependencia ou por facto de cousa que nos pertença; e tratando-se , em particular, da administração publica, semelhante responsabilidade resulta das relações juridicas, quaes se dão entre o *committente* e o *preposto*, a dizer, do vinculo institorio (*rapporto institorio*).⁷⁷ Tirando argumento das especies particulares, que caracterizam a relação institoria e outras analogas no direito romano, Meucci declara que—“*non soltanto contrabendo, ma ancora delinquendo*”—l’institor obriga il padrone;⁷⁸ o que vale dizer, que a responsabilidade institoria é dúplice: contractual ou *directa*, resultante de contracto feito em nome e representação do dominus;—e indirecta, proveniente da culpa ou acto illicito commettido,

⁷⁷ Meucci, loc. cit., p. 264 sg.

⁷⁸ Ibidem.—“*Institor ex eo appellatus est, quod negotio gerendo instet*” (L. 3 ff. Delnst. act.)

por motivo da função institoria;—concluindo de tudo, que o referido vínculo (institorio) consiste:

“inim mandato e in una rappresentama della persona, e quasi in un'estensione della nostra autorità e fiducia personale ad un'altra, così la responsabilità che ne nasce non solo si estende a tutte le conseguenze dei fatti leciti da essa persona in nostro nome operati, ma a tutte le altre ancora di fatti illeciti connessi da essa coirabuso dei nostro nome, della nostra fede ed autorità, e ciò perun principio di equità e di diritto generale, razionale e positivo: esser giusto e naturale che ognuno risenta gl'incomodi di là onde ritrae i vantaggi, e che non sia impunemente per nostra causa e negligenza danneggiato chi trattò con noi o colle persone scelte da noi, collocate sotto la nostra autorità e agenti a nome e nell'interesse nostro.”⁷⁹

39 b. — Estabelecidos, por esta forma, os principios da doutrina, applicaveis á materia, Meucci responde á questão especial de saber, si ao Estado deve caber a responsabilidade indirecta, resultante das relações institorias, nos seguintes termos:

“Noi crediamo che la responsabilità indirecta si convença allo Stato, come ad ogni altro ente giuridico sema distinzione di rappresentanza, poste soltanto le condizioni che si riferiseono alla indole del rapporto institorio, non alia qualità delle funzioni dello Stato; dalle quali può accidentalmente venire determinai a o esclusa l'applicazione delle condizioni, non mu tato il principio.”⁸⁰

O que, melhor explicado, significa: Muito embora o Estado, sendo a vida colectiva da nação, ordenada e representada juridicamente para a tutela da ordem e da justiça, e para fomentar o desenvolvimento moral, intellectual e economico (*in quanto possa essere raggiunto dall'azione colectiva*), tenha, por isto, regras especiaes e proprias, que constituam, para o mesmo, um direito distincto;— comtudo, não deixa, de formar uma esphera juridica, como a de qualquer outra liberdade privada;— não podendo aquella ser transgredida, sem dar logar a

⁷⁹ Meucci, loc. cit., p. 270

⁸⁰ Ibidem, p. 277.

reparação do direito offendido, pertença este á uma outra pessoa publica ou á pessoa privada.⁸¹ O direito publico, accrescenta o autor citado, não é uma esphera de immundade e inviolabilidade, uma antithese do direito privado; é um ramo ou uma applicação do Direito ás relações do Estado, sujeito, como qualquer outro ente juridico, á condicionalidade da existencia e harmonia de todos os direitos.

O principio — “que não ha direito contra direito”, prevalece em todo o campo juridico.⁸² Consequentemente, por mais lata que seja a legitima esphera de acção do Estado, desde que este a ultrapassa e offende o direito de outrem, deve reparal-o. Tal é o grande principio da igualdade dos direitos, segundo o qual, não se admite a distincção de pessoas, de funcções ou de escopos. *O principio da responsabilidade por lesão de direito é absoluto.* Qualquer restricção ou excepção, uma só que fosse, o destruiria...⁸³

“Agisca pure lo Stato nelle sue funzioni de governo e di polizia,—agisca pei suoifini economia,—agisca per un impreza privata,—quella regola lo segue dappertutto. Potra in fatto de quelle sue prime funzioni aver maggior larghezza di movimento, maggior liberta de azione, si vuolsi, maggior privilegio; meno nelle seconde, meno ancora nelle terze funzioni, cia sara questione di fatto e di limiti, ma non di principio.”⁸⁴

Não é preciso proseguir na transcripção de novos trechos para, em vista delles, melhor conhecer a conclusão geral de Meucci sobre a responsabilidade do Estado, pelos actos dos seus órgãos, representantes, ou funcçionarios. Esta conclusão já está, sem duvida, prevista pelo leitor:

“Lo Stato o qualunque amministrazione publica in qualunque modo eper qualunque fine operante, se leda i dintti altrui per

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Meucci, loc. cit., p. 278.

opera di persone alie quali sono affidati gl'incarichi che esso deve compiere per proprio interesse, trovasi sotto il principio dei rapporto institorio, e deve risponderne. Se tale possibilita de lesione di diritto e quindi responsabilit  si verifichi in tutti i cosi, sar , questione speciale che si riferisce alia materia delle condizioni..."⁸⁵

Quanto ao que se deve entender, na especie, por condições e limites da responsabilidade indirecta do Estado, elle nos diz juntamente: são, em geral, os proprios elementos ou circumstancias especiaes, em que se pode dar ou se deve admittir o *vonculo institorio* na sua comprehensão e effeitos. Trata-se , pois, de relações, inteiramente apreciaveis segundo as regras expressas do direito commum, ou por *analogias*, tiradas dos textos deste mesmo direito.

O mais, que converia ainda mencionar das opiniões emittidas por Meucci, sobre a questão, o leitor encontrará em outras partes deste trabalho.

40. — Um outro autor, não menos illustre, que não devemos omittir neste capitulo, é o professor Gr. P. Chironi.⁸⁶ Em sua importante obra, "*Colpa Contrattuale*", elle, depois de fazer um breve retrospecto das doutrinas principaes sobre a responsabilidade civil do Estado, expõe, por sua vez, a theoria, que reputa capaz de servir de fundamento a esse instituto, emittindo entre outros os seguintes conceitos:

A existencia do Estado não é somente ideal, não é uma simples abstracção, mas o resultado necessario da vida dos povos, e esta existencia, como entidade perfeita, como pessoa, é concebida e se revela pelo complexo dos poderes que concorrem na sua constituição.⁸⁷

⁸⁵ Ibidem, p. 379.

⁸⁶ São igualmente de citar, como partidarios do principio da *responsabilidade geral* do Estado:—Provenzano Palazzo, *Teoria della responsabilit  civile dello Stato*. Palermo, 1889;—Domenico Solari, *La responsabilit  della publica amministrazione*. Napoli, 1902.

⁸⁷ Chironi, *Colpa Contrattuale*, n. 225.

Real ou fictícia, a vida dessa pessoa se manifesta na acção dos funcionarios, os quaes, nem por isto, são o proprio Estado que opera e provê:— o Estado, que nomeia os empregados e designa os limites das suas attribuições, não se pode confundir com estes, que agem na qualidade de representantes; e si bem que o representante, que se mantem dentro das faculdades recebidas, seja o proprio representado operando, com tudo, este não se considera *absente* em relação aos terceiros (*questo con cio non é considerato rispetto ai terzi come non esistente affatto*). E' esta, uma consequencia peculiar da representação, e sobre a qual, principalmente, assenta Chironi a sua theoria da responsabilidade geral.⁸⁸

Dizer que o acto do funcionario é acto do proprio Estado, é, segundo elle, proferir uma affirmação inteiramente exacta, visto que — o acto do representante é acto do representado; mas, partir dahi para *confundir* as vontades e as pessoas no pensamento de que só existe o representante,— é pretender um resultado excessivo, repugnante á noção juridica da representação. E isto se torna ainda mais grave na theoria que distingue a acção justa da injusta nos funcionarios - *orgãos* do Estado: equivaleria dizer, que o representante, enquanto procede bem, é, nas suas relações com os terceiros, o proprio representado; mas, quando commette damno, não é mais intermediario, e figura como sujeito unico das obrigações resultantes...⁸⁹

Mas, observa Chironi, si o funcionario representa o Estado, si é o proprio Estado, quem age na acção do funcionario, porque não se ha de dar *acção directa* contra o Estado? E como o funcionario agindo em nome do Estado, ha de pôr a sua responsabilidade pessoal em tal relevo, de modo a impedir a possibilidade juridica de acção contra o ente representado?... O Estado, pessoa independente, faz por intermedio de

⁸⁸ Loc. cit.

⁸⁹ Ibidem.

outrem o que, segundo a sua natureza, não podia fazer - o directamente; por isso, a relação, intercorrente entre elle e funcionario, é como se disse, a da representação, entendida em sentido generico, ou comprehensivo tanto da representação *in genere*, como da representação *propria*.⁹⁰

Em qualquer hypothese, porém, desde que se trate da responsabilidade por culpas dos seus representantes, o Estado toma a figura juridica de committente, e os seus funcionarios a de commissarios (propostos), enquanto agem dentro dos limites das suas attribuições; si sahem destes limites, a acção não é mais do funcionario, é simples facto particular ou pessoal, ao qual, por isso mesmo, o Estado é inteiramente extranho...

E deste modo, entende o illustre professor, as relações entre o Estado e o funcionario ficam nitidamente determinadas. Si no exercicio do cargo se dá certa apparencia de confusão das duas pessoas, isto não contradiz á theoria proposta: na acção do representante se empersonalisa o representado (*nell'azione dei rappresentante s'impersona il rappresentato*) que o põe em seu lugar, e de tal maneira, que se deve ter, como obra propria, tudo quanto o primeiro fizer nos limites das suas incumbencias; podendo-se, portanto, instaurar directamente contra o segundo qualquer acção de responsabilidade pelos damnos provenientes da acção do primeiro.⁹¹

40 a. — Referindo-se á objecção, de que não é licito applicar os dispositivos do direito privado á relações do direito publico, como são as dos funcionarios, ou que estes não devem ser considerados, como *mandatarios* ou *prepostos* do Estado, Chironi adverte,—que o direito

⁹⁰ Ob. cit., n. 227. — Chironi explica o que elle entende pelos qualificativos de *representação propria* (ob. cit., n. 177 seg.) e *representação in genere* ou *impropria* (ns. 200 seg.); considerando o *mandato*, como figura da "*rappresentanza vera ou propria*", e a *locação* de serviços, como a da "*rappresentanza in genere o impropria*".

⁹¹ Ibidem.

privado, como direito *commum*, é a expressão mais directa e completa dos principios da justiça; que o direito publico é direito excepcional; e que, portanto, dada a carencia de leis especiaes, que regulem a materia de modo differente, porque o faz o direito *commum*, a questão póde e deve ser apreciada e decidida nos termos deste ultimo direito.

O autor insiste em demonstrar, que a figura do Estado, nas suas relações com os funcionarios, é a de *committente*⁹²; e acrescenta : que, fixada assim a indole juridica destas relações, se evita o desaccordo das theorias que, construidas sobre conceitos diferentes, distinguem a culpa coromettida na execução de um contrato, da que ocorre independentemente de um vinualo obrigatorio preexistente, admittindo a responsabilidade no primeiro caso, e negando-a ou afirmando-a no segundo, absolutamente ou dentro do certos limites...Não ha razão para distincção semelhante; na materia em exame, conclue Chironi, o que se pode affirmar, como *theoria geral*, é:

“la responsabilità dello Stato (*committente*) per l’injuria recata da colpa impulabile ai suoi funzionari (*commessi*) in questa qualità e nell’esercizio delle loro funzioni, quando per legge non sia stabilita la loro sola responsabilità personale.”⁹³

Como elementos essenciaes, constitutivos da responsabilidade do Estado, devem, pois, concorrer: o elemento objectivo da violação de um direito, o elemento subjectivo da culpa do agente, e a condição, de que o acto arguido se dê no exercicio e limites das attribuições conferidas ao respectivo agente.⁹⁴

— Com estas indicações, que vimos de fazer, embora a traços largou somente, da doutrina professada por Chironi, damos por Anda a

⁹² Ob. cit., n. 228 sg.

⁹³ Ibidem, n. 230.

⁹⁴ Ob. Cit., n. 231 sg.

materia do presente capitulo sobre a "*theoria da responsabilidade geral*" do Estado.

Quanto á analyse ou critica de alguns dos fundamentos particulares, em que essa theoria se apoia, noa reservamos fazel - a ulteriormente em occasião maia apropriada.

CAPITULO IV

Theoria ou Systema Mixto

41.—No presente capitulo é nosso intuito dar em resumo as opiniões ou conceitos dos varios autores, que, admittindo em principio a responsabilidade civil do Estado pelos actos lesivos dos seus representantes,—na pratica, todavia, restringem dita responsabilidade somente aos actos, que pertençam á uma determinada categoria, das duas, em que os mesmos devem ser, para esse fim, previamente classificados.

O ponto de partida, no qual se reúnem os diferentes partidários do systema, é este: no Estado ha *duas pessoas* ou *dous dominios distinctos*, um de direito publico, e outro de direito privado. E, precisamente, nesta distincção, se contém o principio ou a razão fundamental do systema, que adoptam e sustentam.

No modo de considerar, desenvolver e applicar esse principio geral, notam-se discordancias serias, as vezes, difficeis de harmonisar, entre os seus proprios adherentes. Parece, que taes discordancias vêm, sobretudo, da falta de um criterio geral, seguro, para, conforme ao mesmo, se poder realisar a classificação dos actos nas duas categorias, que servem de base ao systema. Em todo o caso, a despeito de quaesquer divergencias, reaes ou apparentes, ha um facto, que subsiste e se patenteia distincto na controversia: é, que todos os propugnadores da *theoria mixta* se mostram accordes no pensamento commum, de affirmar a preeminencia do poder publico soberano, as vezes, de modo

incondicional ou *discrecionário*, nas suas relações com os diversos sujeitos de direito privado; mas não desconhecendo, ao mesmo tempo, a necessidade de serem respeitados os direitos e interesses destes últimos, ao menos, nos limites da rigorosa justiça.

— Não seria fácil dizer, qual o autor que primeiro aventara a idéia de distinguir os actos do Estado ou da publica administração em duas classes,— como condição de julgar da responsabilidade ou não-responsabilidade do Estado, pelos efeitos e consequências dos mesmos.⁹⁵ Ao nosso propósito, porém, basta ajuntar que, como doutrina, é ella hoje, não só, professada por um grande numero de escriptores, dos mais competentes, entre os que se tem o occupado do assumpto, mas também, invocada muitas vezes pelos tribunaes judiciarios, como razão de decidir os casos que lhes são sujeitos.

42. — Larombière se exprime na materia, desta sorte:

Si nous soumettons l'Etat, represente par les différentes régies ou admioistrations publiques, à la même responsabilité qu'un simple - particulier, à raison du dommage canse par ses agents et prèposés dans l'exercice de leurs fonctions, ce n'est pas que le principe général et de droit commun, pose dans l'article 1384, soit indistinctement applicable à l'Etat. Lors qu'il organise une administration

⁹⁵ Mantellini, apoiando-se om trechos de escriptores antigos, procura demonstrar, que não é nova a doutrina que *distingue* entre os actos do Estado para, segundo a qualidade dos mesmos, afirmar, ou negar, a responsabilidade do Estado. Entre os escriptores, a que se soccorre, cita Grotius (*Le droit de la guerre et de la paix*, trad. por Barbeyrac, liv. II, cap. 4, § 12; cap. 14, § 2 seg.; cap. 20, § 24, etc), Pufendorff, e De Luca,— transcrevendo deste ultimo a seguinte passagem: "*Intrat reduplicatio personarum quce in Principe consideratur; quod scilicet una est persona privati contrahentis, et altera est publici administratoris et rectoris principatus et reipublicce. Quod scilicet alia est persona Principis tamquam contrahentis, et alia est persona ejusdem tamquam Ugislatoris, et providentis super bono regimim reipublicae et principatus, ex causa publicos necessitatis et utilitatis...Ideoque id quod per istam posteriorem personam fit ex causa publica, fortuito casui potius referendum est, et assimilandum fulguri, vel tempestati, vel inundationi, aut incendio, aliisque similibus casibus, ad quos fidei violatio sequi non dicitur.*" (De Luca, De officiis venalibus). E depois do que, observa o proprio Mantellini:— Si assim ora, quando o Estado *desapparecia* no Principe, muito mais deve ser agora no Estado moderno, do qual o Principe é apenas o primeiro magistrado.—(Lo Stato ed il Codice Civile, p. 38-39).

publique, dans un intérêt de monopole ou de spéculation ordinaire, en vue d'une véritable exploitation industrielle, ou que, sous l'autorité de la loi, il fonde l'établissement de services publics dont il règle les conditions d'existence et les rapports reciproques envers les citoyens, qu'elles que soient les considérations d'ordre public et d'utilité générale qui s'y rattachent, il ne saurait, toute question de compétence demeurant réservée, se faire une position exceptionnelle et différente de celle d'un simple particulier. Il est censé exercer une industrie privée, et l'exploitation à laquelle il se livre établit entre lui et les citoyens des rapports privés qui sont régis par les mêmes principes ordinaires du droit commun, du moins en ce qui concerne au fond la responsabilité qui lui incombe. Dès lors, il est un simple COMMETTANT ORDINAIRE, et soumis, à ce titre, à la responsabilité civile établie par l'article 1384, sauf les modifications que cette responsabilité, qui, par rapport à lui, n'est ni générale ni absolue, peut subir dans son étendue et ses effets, suivant la nature et les besoins de chaque service. Mais, quant aux actes de GOUVERNEMENT proprement dit, il n'est POINT RESPONSABLE DU DOMMAGE CAUSÉ par les délits ou quasi - délits de ses divers fonctionnaires, qui, dans l'ordre de la hiérarchie et dans les différentes branches de l'administration, sont dépositaires d'une part plus ou moins considérable d'autorité publique. Leurs actes, de quelque nature qu'ils soient, n'engagent point sa responsabilité. Autrement, la marche du gouvernement serait constamment entravée, et son action amoindrie. L'intérêt public souffrirait de tout ce qu'il concède à des intérêts individuels. D'ailleurs, le caractère même des pouvoirs qui résument la souveraineté, et en qui réside le gouvernement, la mission de protection générale, dont ils sont investis, la haute sphère, dans laquelle ils se meuvent et de laquelle descendent tous les pouvoirs secondaires pour entrer plus immédiatement en rapports avec les intérêts particuliers, empêchent de faire remonter jusqu'à l'Etat, considéré comme personne morale, les conséquences des délits et quasi - délits, commis dans l'exercice de leurs fonctions par les agents et fonctionnaires de tous ordres et de tous rangs. Les parties lésées n'ont de recours que contre eux.⁹⁶

Importa notar da transcrição feita, que o autor não tira argumento, em favor da irresponsabilidade do Estado, da natureza do acto somente, isto é, de ser este, considerado um *acto* de *governo* ou de

⁹⁶ Larombière, *Theorie et Pratique des Obligations*, t. VII, art. 1384, n. 15.—Paris, 1885.

poder soberano; não, elle affirma igualmente a irresponsabilidade do Estado, em vista de sua qualidade de pessoa moral, e como tal, isenta de responder pelas consequencias dos actos illicitos dos seus representantes...

43. — Sourdat, encarando a questão nos seus differentes aspectos, externa os seguintes conceitos: Todos os corpos e pessoas moraes, o Estado, os departamentos, as communes, os estabelecimentos publicos, assim como, as sociedades civis ou commerciaes, são, em principio, sujeitas ao direito commum, no que concerne á formação das obrigações. Para aquellas, como, para os individuos particulares, as obrigações tiram a sua origem das disposições legaes, que regem o direito da propriedade, dos contractos, dos quasi-contractos, dos quasi-delictos, e, se deveria ajuntar, dos delictos; porquanto, si a natureza das cousas obsta, que as individualidades moraes sejam attingidas pelas penas physicamente afflictivas, estabelecidas nas leis de repressão,— nada impede, que ellas incorram nas obrigações pecunisrias, em razão dos delictos dos seus agentes. Estes ultimos, de certo, são os unicos, que podem ser attingidos pela pena corporal. Mas as diversas administrações, ás quaes elles pertencem, devem ser sujeitas ás reparações civis dos damnos causados pelo delicto.⁹⁷

“Quanto ao proprio Estado, a immuniade que lhe é reconhecida, se estende somente ás *penas*; mas a responsabilidade puramente civil existe indubitavelmente ao seu respeito, como a respeito de qualquer outro committente. O delicto, a culpa imputavel pessoalmente ao agente, é, ás vezes, o effeito de uma imprudencia, de uma negligencia da autoridade superior; em todo o caso, a escolha do agente em si pode constituir uma culpa; e justo é, que a presumpção legal estabelecida contra os committentes em geral, para obrigar - os a não empregar, senão, prepostos de idoneidade segura, se estenda igualmente ao Estado,

⁹⁷ Sourdat, *Traité Gén. de la responsabilité*, t. II, n. 1239.—Paris, 1902, 5ª edic.

representado pelas diferentes administrações. O interesse publico assim o exige tanto mais fortemente, quando os poderes, de que são revestidos os agentes, em razão das suas funções, podem tornar as suas culpas, mais prejudiciaes aos terceiros, do que a dos simples particulares.”

Objectarão talvez, prosegue Sourdat, que semelhante responsabilidade pode comprometter a fortuna publica? O perigo não é real: aliás, si as condemnações pronunciadas contra o Estado se podessem tornar tão frequentes, de modo a comprometter o patrimonio publico; um facto desta ordem indicaria, antes de tudo, desordens no corpo administrativo, e o unico remedio efficaz contra taes desordens seria, precisamente, forçar o Estado, por uma applicação severa da regra da responsabilidade, a escolher agentes mais esclarecidos e mais devotados ao interesse publico. E pois, o disposto no paragrapho terceiro do art. 1384 do cod. civ. é applicavel ao Estado, em razão do damno causado pelos agentes das diversas administrações, nas funções que lhes são conferidas.⁹⁸

Todavia, adverte logo o autor, seria ir demasiado longe, si considerassemos o Estado, como responsavel pelos actos de todos os funcionarios, que elle nomeia ou emprega:

“Une distinction est nécessaire”; mais c’est un problème difficile que d’en déterminer les bases. Ni la loi ni la jurisprudence n’ont encore formulé un principe bien arrêté. On peut dire cependant qu’en general les ACTES DE SOUVERAINETÉ OU DE PUISSANCE PUBLIQUE ET LEGISLATIVE, les faits de gouvernement proprement dits, ou d’administration générale, ne donnent pas lieu à la responsabilité de l’Etat.—Tels sont les faits de guerre, les mesures générales et même particulières, prises dans un intérêt l’ordre public, de salubrité, ou au point de vue économique, comme la prohibition d’exporter certaines denrées ou marchandises, l’établissement ou la modification des tarifs de douanes, un changement aux limites de la frontière, par suite de conventions diplomatiques ou autres

⁹⁸ Loc. cit., n. 1302.

mesures de haute police prises par suite d'accords de cette nature, les actes de tutelle administrative. Il est à remarquer, du reste, que ces dispositions d'ordre et de police *ne portent pas généralement atteinte à des droits acquis*, et c'est la raison fondamentale qui s'oppose à ce qu'elles engendrent une action en responsabilité, qui devrait être admise dans le cas contraire.⁹⁹ Elles sont aussi parfois le résultat de la force majeure, comme lorsqu'il s'agit de prévenir ou d'arrêter une épidémie, une inondation. Alors même qu'elles porteraient préjudice à des intérêts respectables, à des attentes légitimes, elles pourraient n'être de la part du Gouvernement, que l'exercice d'un droit. Par exemple, lorsqu'une circonscription territoriale est modifiée suivant les régies légales, les notaires ou officiers ministériels, qui peuvent souffrir quelque préjudice, n'ont pas d'action en réparation; mais l'Etat n'userait sans doute pas de cette faculté avec rigueur en supprimant une circonscription entière, ce qui équivaldrait à peu près à la suppression des offices: il donnerait sans doute une indemnité.—Les actes de cette nature sont donc regardés comme tenant à un *pouvoir discrétionnaire*, dont l'Etat est investi dans l'intérêt public, et dès lors, ils ne sont susceptibles d'aucun recours par voie contentieuse devant les tribunaux, soit judiciaires, soit administratifs. C'est seulement par voie gracieuse qu'on peut en demander la modification ou réclamer une indemnité.¹⁰⁰

43 a. — Entretanto, não se tratando de actos, como os que ficam indicados, o autor entende, como se viu, que o Estado deve ser declarado sempre responsável pelos actos dos seus representantes. Os serviços que elle enumera de maneira especial, nos quaes semelhante responsabilidade é de regra, são: 1) o dos bens do dominio do Estado; 2) o das repartições fiscaes, isto é, administrações, a que compete a arrecadação de rendas, inclusive os estabelecimentos de industria monopolizada, taes como—a dos tabacos, a de vias - ferreas, etc.; 3) o das obras publicas, civis ou militares, assim como os que versam sobre a construcção de navios, fabricação de polvora, armas e outros serviços dos

⁹⁹ Ob. cit., ns. 1304-1305. O autor diz "des droits acquis", — porque. si o acto arguido não ferir, senão, simples conveniencias, esperanças não realizadas, as quaes a lei não protege por uma sanção particular, não haverá damno de modo a constituir o seu autor em culpa, e obrigar-o á reparação. O damno, na hypothese, não seria apreciável. — Loc. cit., 1.1, n. 444.

¹⁰⁰ Ob. cit., n. 1305.

arsenaes ou estaleiros da nação. O Estado, como *gerente* desses diferentes ramos da fortuna publica, age nas mesmas condições, em que o faz um individuo particular, muito embora, as suas vistas sejam somente dirigidas pelo interesse publico.¹⁰¹

Segundo Sourdat, a responsabilidade do Estado é directa, ou reflexa:— *directa*, quando o damno resulta de factos ordenados e executados pelo proprio Governo, tendo então applicação os arts. 1382 e 1383 do cod. civil;— *reflexa*, quando os factos são imputaveis pessoalmente a um funcionario, isto é, quando se dá a sancção do artigo 1384 do mesmo codigo. No ultimo caso, a acção contra o Estado depende de duas condições essenciaes: 1^a, que o acto damnificante seja commettido pelo agente no exercicio de suas funcções; 2^a que dito acto constitua uma culpa caracterisada, quer dizer,— que o Estado não poderia responder por um accidente *sem causa reconhecida*, ou cuja causa não podesse ser attribuida, com segurança, á negligencia dos seus empregados.¹⁰²

43 b. — Referindo-se aos que contestam a responsabilidade reflexa, desde que não haja disposição expressa de lei a respeito, o autor observa:

“Ceci revient á dire qu’au fond la responsabilité de l’Etat ne existe pas; du moins qu’elle ne será reconnue qu’au gré de l’administration elle - même, et sans aucune règle qui la determine á l’avance. Or, un pareil arbitraire est essenti - ellement regrettable.”¹⁰³

De resto, tambem Sourdat é de parecer, que as regras do mandato ordinario ou civil não podem ser applicaveis ás funcções publicas

¹⁰¹ Ibidem, n. 1306.

¹⁰² Ob. cit., n. 1307. O autor funda a responsabilidade reflexa, alem do mais, na escolha ou nomeação feita pelo committente, o qual,—*si prepôz* ao seu serviço um individuo menos capaz ou negligente, deverá carregar com as consequencias dahi provenientes, como suas. (loc. cit., n. 884).

¹⁰³ Ibidem, n. 1308.

por não haver analogia, dizendo, a esse respeito: Quando eu trato com o mandatario de uma outra pessoa, sou livre de contractar ou não, e tenho o direito de verificar os poderes do mesmo. Mas, diante do funcionario publico, me acho desarmado. Elle não me permette, em regra, discutir a sua autoridade; e como os limites das suas attribuições não são exactamente conhecidos pela mórparte dos cidadãos, facil lhe será abusar dellas...A responsabilidade do Estado é a unica garantia efficaz (*la seule garantie efficace contre l'arbitre et les abus*) contra o arbitrio e os abusos. Ella se justifica, como a de todo committente, pela obrigação que lhe incumbe de bem escolher os seus propostos, fiscalisal - os, e dar-lhe s as ordens e instrucções convenientes.¹⁰⁴

44. — A. Bonasi foi, senão o primeiro, certamente, aquelle que expoz na Italia, de modo particular, o systema da *distincção* dos actos do funcionario, como criterio da responsabilidade ou não-responsabilidade civil do Estado, relativamente aos effeitos dos mesmos actos. Convirá ouvil-o, de preferencia, na sua propria linguagem.

Si vuol sapere...si i rapporti che passono fra le publiche amministrazioni e i funzionari che le rappresentano, sieno della stòssa natura di quelli che intercedono fra i comittenti e i commessi di cui parla il codice civile, per decidere se a quest'ordine particolare di relazioni possono darsi le medesime qualifiche alio scopo di dedurne giuridicamente conseguenze identiche...In tesi generale sarebbe difficile il trovare un solo argomento plausibile in appoggio di una soluzione negativa. Logicamente lo Stato non potrebbe essere esonerato sempre ed in tutti i casi da ogni responsabilità verso i cittadini, che alia condizione di non riconoscergli nessun obbligo verso di loro ed a questi nessun diritto propriamente detto contro lo Stato; sistema che toccherebbe l'estremo limite del dispotismo, che è respinto da tutti i governi civili come un'odiosa calunnia, e che in Itália, dopo la sua gloriosa rivoluzione, nessuno pensa piúdi mettere innanzi.

Ma se l'equità e la ragione vietano de sottarre intieramente lo Stato dalle disposizioni scrite nell' articolo 1151 e seguenti

¹⁰⁴ Ibidem.

del codice civile, non si può neppure ammettere che la sua responsabilità si trovi sempre impegnata pel fatto de'suoi agenti.¹⁰⁵

Si, pois, prosegue Bonasi, a verdade não se acha nos estre - mos, é preciso procural - a em um justo meio, isto é, procedendo a distincções, que ponham os principios da sciencia e os sagrados direitos do individuo em accôrdo com a necessidade de não tolher inteiramente a acção do Estado e das administrações menores, que ao mesmo servem de auxiliar ou de complemento.

44 a. — Examinado o Estado na sua origem, na sua natureza, no seu fim e meios para chegar á realização deste, diz o autor, facilmente se lhe descobre um duplo character, do qual deriva uma ordem duplice de funcções e attribuições perfeitamente distinctas. Por umas, elle se apresenta, como investido do poder soberano de dictar as leis, de tomar todas as disposições necessarias á execução dellas, de distribuir a justiça, de manter a ordem e a segurança entre os cidadãos, protegendo os seus interesses moraes, intellectuaes e materiaes, e no caso de conflicto entre os interesses privados e os do publico,—*fazer prevalecer a causa publica sobre a privada dentro dos limites da verdadeira necessidade*, isto é, fazer prevalecer a primeira sobre a segunda com o menor sacrificio possivel da liberdade e propriedade privada.¹⁰⁶ Por outras, o Estado se manifesta, como uma grande pessoa moral, uma pessoa juridica ou civil,—possuindo bens, propriedades, interesses, creditos e debitos, que não se confundem, nem com os bens, nem com as propriedades, nem com os interesses, creditos, e debitos, dos individuos que compõem o Estado: podendo este comprar, vender, obrigar-se, estar em juizo, em uma palavra, fazer todos os actos da vida civil que são compatíveis com a sua natureza de pessoa juridica, e dos quaes nascem as relações de direitos e obrigações, regidas

¹⁰⁵ A. Bonasi, Responsabilità Penale e Civile dei Ministri e degli altri uffciali publici, n. 262, p. 446 sg. Bologna, 1874.

¹⁰⁶ Ob. cit., n. 264, p. 448. Cf. Romagnossi, *Principi fondamentali dei diritto amministrativo*, I. 1.

pelo código civil.¹⁰⁷ Considerado o Estado sob o primeiro aspecto, a dizer, “*come un’ incarnazione della sovranità e nella sua personalità politica*”, é evidente, que o art. 1153 do código civil não pode ser-lhe applicavel; assim como, é manifesto que dito código, só regulando os interesses da ordem privada, ou as relações de pessoa á pessoa,—os seus qualificativos de committente e commissario também só devem ter applicação aos casos, em que se dão comissões de interesse privado, e não aos cargos ou funções publicas, instituidas pelas leis que interessam á ordem publica e á administração do Estado, e que, como taes, não podem ser reguladas, senão, pelo direito publico. Consequentemente, accrescenta Bonasi, no silencio deste direito, a responsabilidade pelos factos illicitos e lesivos, praticados pelos funcionarios publicos no exercicio de funções soberanas, a elles delegadas pelo Estado,—é puramente pessoal (*resta puramente personale*); não cabendo ao individuo, que por elles fôr lesado nos seus direitos, outro recurso contra o Governo, senão o da *via graciosa*, para pedir a revogação ou reforma dos actos que lhe causarem damno.¹⁰⁸ Enquanto que, considerado o Estado sob o outro aspecto, a dizer, como *pessoa civil*, não ha duvida, que em relação aos cidadãos lesados nas suas pessoas ou nos seus bens, deve elle ser encarado, como *committente* dos funcionarios ou agentes que institue e fiscalisa; porquanto, com a mudança da extensão, não se opera a mudança de natureza, ou em outros termos, por mais vasta e gigantesca que seja a personalidade juridica do Estado, esta não deixa de achar-se sujeita ás regras que são proprias e communs ás pessoas em geral:

In conseguenza, l’azione di risarcimento pei fatti dannosi compiuti dai pubblici uffiziali, netta loro qualità di commessi applicati alia gestione dei privati interessi dello Stato, potrà esercitarsi indifferentemente, e come ogni altra azione

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Ibidem, n. 265.

solidale, o contro lo stesso autore del fatto, o contro l'amministrazione, o contro tutti e due cumulativamente.¹⁰⁹

A apreciação, pois, da materia e a decisão dos casos depende, parte, das disposições do direito publico, parte, das regras do direito privado. O autor, porém, reconhece e confessa que, não obstante os principios geraes, por elle enunciados, grande difficuldade continua a subsistir no firmar a distincção dos actos do Estado, quando elle age, num, ou noutro, dos dous aspectos, pelos quaes deve ser considerado, afim de julgar-se da sua responsabilidade:

lo Stato persona civile, e lo Stato governo, per ciò stesso che l'uno é accessorio e instrumento dell'altro, si toccano frequentemente per tutti punti, e s'intersecano e si complicam di guisa, che spesso l'ordinaria attenzione non basta piú a distinguere i rispettivi confini e á qual titolo siu compiuto un determinato atto. E' allora che l'applicazione del principiale fattispecie diventa sommamente difficile.¹¹⁰ E prova desta difficuldade sobre a distincção recommendada nos offerecem os annaes da jurisprudencia nas incertezas das decisões judiciaes e nos pareceres dos jurisconsultos, que tem tido occasião de pronunciar-se sobre os casos particulares occorrentes.¹¹¹

44 b. — De resto, Bonasi preceitua, como regra geral, *que não soffre excepção*, a não ser que a lei o declare expressamente,—que a applicabilidade do art. 1153 do codigo civil ás administrações publicas depende sempre da condição, de que os respectivos factos sejam praticados no exercicio das proprias funcções, ou que, ao menos, se liguem de modo inherente aos fins das mesmas administrações.¹¹²

¹⁰⁹ Ibidem, p. 450.

¹¹⁰ Ibidem, p. 462 sg.

¹¹¹ Bonasi entra no exame de varios actos e factos praticados pelos funcionarios de diversos ramos da administração publica, no intuito de bom esclarecer os fundamentos da theoria que adoptara, citando a proposito numerosas decisões das cortes de justiça, belgas, francezas e italianas, proferidas, segundo elle, d'accôrdo com a theoria referida.—Loc. cit., ns. 269 a 283, p. 461-526.

¹¹² Ob. cit., n. 284, p. 526

O autor estuda ainda a materia, debaixo de outros pontos de vista, que lhe são peculiares, mas de que não ha mister fazer especial menção neste lugar, para, depois de tudo, chegar á estas conclusões :

1º Que as administrações publicas não respondem pelo acto de seus representantes, quando estes agem no character de delegados investidos das funcções soberanas do Estado, e que por isto, em tal caso, a responsabilidade do damno causado por actos illicitos recae somente sobre a pessoa do funcionario, que os pratica, e não cabendo acção alguma, senão, contra este pessoalmente.

2º Que, ao envez, a responsabilidade dos factos lesivos e illicitos dos funcionarios attinge ás administrações, de que dependem, quando, no exercicio das suas funcções, elles praticam actos que se incluem na esphera dos interesses privados das mesmas, consideradas estas, como personalidades juridicas; e por isto, em hypotheses semelhantes, as acções de indemnisação podem ser propostas livremente, ou contra as administrações, ou contra os funcionarios; mas, adverte Bonasi, será contra estes somente, desde que tenham agido fora dos limites do seu mandato.

3º Que, finalmente, nos casos, em que tem lugar a responsabilidade das administrações, a ellas são applicaveis, activa e passivamente, as regras do direito commum.¹¹³

45. — E. Loening, á cuja importante monographia¹¹⁴ já temo - nos referido tantas vezes no presente trabalho, entende que, no estudo da responsabilidade civil do Estado, cumpre dividir a materia em duas partes distinctas: uma, relativa aos actos ou omissões illegaes, praticados pelos

¹¹³ Ibidem, n. 295, p. 539.—Em trabalho posterior sob o *titulo* “*La responsabilità dello Stato per gliatti dei suoi funzionari*”, Bonasi sustenta as mesmas idéas, de que vimos de dar ligeira noticia.—Vide: *Revista Italiana per le scienze giuridiche*, vol. I, fase. I. Roma, 1886.

¹¹⁴ Die Saftung des Staats aus rechtswindrigen Handlungen seiner Beamten naeh deutschen Privat=und=Staatsrecht. Frankfurt a/M. 1879.

funcionarios, como representantes do *Fisco*; ¹¹⁵ outra, relativa aos actos e omissões ilegais dos funcionarios, como representantes do poder publico ou da soberania do Estado: aquella, regida pelas disposições e principios do direito commum ou privado, e esta, regida pelo direito publico ou direito do Estado.

Partindo deste pensamento, Loening estuda, em particular, os factos de uma e outra ordem, para, segundo a sua natureza e efeitos diversos, verificar os casos, em que o Estado deve, ou não, responder pelos danos, que dos mesmos provém aos direitos individuaes; dizendo a esse proposito: Enquanto o Estado se mantém nas relações puramente de direito privado, ou quando de relações, embora pertencentes ao direito publico, resultam reclamações ¹¹⁶ e obrigações contra o Estado, que devam ser attendidas segundo disposições particulares do direito privado, o Estado ou o Fisco (como é chamado neste character) é sujeito ás normas do referido direito: tal é o principio consagrado no direito commum e em todas as leis particulares.—Não obstante a serie de privilegios, que porventura lhe caibam, o Estado, como Fisco, é uma pessoa juridica do dominio do direito privado (*der Staat als Fiscus ist eine juristische Person auf dem Gebiet des Privatrechts*). ¹¹⁷

Portanto, acrescenta o autor: " a questão de saber, si, e até onde, é o Estado obrigado a responder pela conducta illegal dos seus funcionarios, nas relações de direito privado, resolve-se , antes de tudo, na questão mais geral de saber, si, e até onde, as pessoas juridicas do

¹¹⁵ Fisco é, na linguagem official e na litteratura juridica allemã, o Estado nas suas relações de ordem civil ou de direito privado. Equivale á expressão "*Fazenda Publica*", usada semelhantemente no Brazil.

¹¹⁶ O autor emprega a palavra "*Ansprüche*", que significa, verdadeiramente, reclamações juridicas, isto é, *acções ou direitos de acção*.

¹¹⁷ Loening, loc. cit., p. 58-54 e 93.

dominio do direito privado podem ser declaradas responsaveis pela conducta illegal dos seus representantes.”¹¹⁸

No exame desta these, douda e longamente feito, Loening, depois de bem apreciar os actos e condições differentes, pelas quaes os funcionarios podem lezar ao alheio direito em vista dos principios do direito privado (na *celebração* e *execução* de *contractos*, no *quasi contracto*, no *delicto*, e no *quasi - delicto*) chega á conclusões particulares, que convém mencionar separadamente.

45 a. — Quanto aos damnos provenientes das relações con - tractuaes, entende o autor, que toda pessoa juridica, e o Fisco em particular, deve responder pela culpa dos seus representantes, prestando justa indemnisação aos individuos lesados.¹¹⁹

Tratando-se , porém, de actos extracontractuaes, a responsabilidade das pessoas juridicas por culpa verificada de seus representantes não se póde fundar, nem *directa*, nem *analogicamente*, na obrigação do dominus pelos delictos, que o *institor*, o *exercitor*, ou outros prepostos semelhantes, commettam no desempenho de um negocio ou encargo. Os representantes das pessoas juridicas não se acham precisamente, para com estas, na relação *institoria*, e nem, segundo o direito romano, o *dominus* respondia pelos actos lesivos, que o *institor*, ou outro preposto qualquer, coramettia independentemente de contracto, ainda mesmo, quando fosse a relação institoria, que desse occasião ao facto arguido: sendo, portanto, em vista da theoria e pratica, allemã,¹²⁰ de apresentar ou affirmar, sobre este ponto, as seguintes proposições:

1) Uma responsabilidade da pessoa juridica em geral, assim como, do Fisco em particular, pelas culpas extra - contractuaes dos seus

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Loc. cit., p. 64, signanter, p. 71.

¹²⁰ O autor examina e aprecia a materia, principalmente, em vista do direito e jurisprudencia da Allemanha.

órgãos e funcionarios, não pode ser derivada, nem da natureza da coisa, isto é, da idéa da pessoa jurídica em si, (por não ser *capaz do mal*), nem da relação jurídica, em que estão os órgãos e funcionarios para com ella. Assim já succedia no direito romano, no qual assenta a theoria hodierna da pessoa jurídica,—visto como essa responsabilidade fora desconhecida do mesmo. E nem se póde dizer, que dita responsabilidade era uma *necessidade logica* da pessoa jurídica.

2) A responsabilidade das corporações pelos actos de seus órgãos e funcionarios, característica propria do direito medieval, não foi *recebida* no direito commum.

3) Tambem não está demonstrada a existencia de um direito usual, por meio do qual essa responsabilidade tenha entrado no direito commum. A diversidade de pareceres, sustentados na litteratura e na pratica, assim como, a vacillação da linguagem das proprias cortes judiciais, que tem as vezes admittido a responsabilidade das pessoas jurídicas, como fundada em direito, mostram claro a falta de convicção geral acerca do assumpto.

4) A moderna legislação allemã não contém disposição expressa sobre a questão;¹²¹ e dos seus principios geraes estabelecidos, concernentes ás pessoas jurídicas, não é licito derivar a responsabilidade destas por culpas extra - contractuales.

5) Como se disse, um direito usual, relativo a este ponto em particular, não foi, pelo menos, até agora demonstrado. E emquanto a existencia deste direito não for comprovada, a regra a prevalecer, tanto segundo o direito commum, como segundo a moderna legislação, é esta: "As pessoas jurídicas em geral, assim como o Fisco em especial, não respondem pelas culpas extra - contractuales de seus órgãos e

¹²¹ O autor escrevera antes de promulgado o actual codigo civil allem~zo.

funcionarios, a menos que hajam assumido, convencionalmente, a obrigação de fazel - o, ou que esta obrigação lhes incumba, excepcionalmente, em dadas relações, por força de disposições positivas."

— *Die juristischen Personen überhaupt, wie der Fiscus insbesondere, haften nicht für die aussercontractlichen Verschuldungen ihrer Organe und Beamte, sofern sie nicht vertragsmässig eine Haftung übernommen haben oder sofern ihnen nicht durch positiven Rechtssatz für besondere Verhältnisse ausnahmsweise eine solche Verbindlichkeit aufgelegt worden ist.*

6) Entretanto não se desconhece, que, conforme á uma compreensão mais lata, a responsabilidade da pessoa jurídica, pela culpa extracontractual dos seus representantes, é considerada, uma obrigação de justiça (*als eine Forderung der Gerechtigkeit*), e que, segundo este pensamento, as cortes judiciais, assim como, escriptores notaveis tem, não raro, admittido que a sobredita responsabilidade pode encontrar o seu fundamento no proprio direito vigente...¹²²

Quanto á esta ultima proposição, Loening procura, mais uma vez, revistar os factos e argumentos, em que a mesma se baseia, concluindo, porém, de modo insistente: 1º que, da chamada "*culpa in eligendo sive custodiendo*", não se póde derivar uma tal responsabilidade da pessoa jurídica; visto, si culpa houver no caso, pertencer ella aos órgãos ou funcionarios, e não á pessoa jurídica;¹²³ 2º que, consequentemente, só poderá caber responsabilidade ao *Fisco*, ou á pessoa jurídica em geral, por *damno extracontractual*, quando a questão da culpa fôr *irrelevante*, a dizer, quando, por exemplo, o *Fisco* se faz empresario de certos ramos da industria ou commercio, cuja exploração envolve perigos para os operarios e os terceiros; perigos, que, tanto

¹²² Loc. cit., p. 83-85.

¹²³ Loc. cit., p. 86 seg.

podem ocorrer por negligencia na fiscalisação, como, por se não poderem evitar, ainda com a maior precaução. Quem explora empresas dessa ordem, mesmo sem incorrer em culpa, pode occasionar danos e desastres; e como a obrigação de indenizar - os não assenta aqui na culpa, porque a exploração é um acto lícito, e sim, no perigo que ella acarreta;—é logico e justo, que o empresario carregue com as consequencias desse perigo, prestando a reparação devida.¹²⁴

45 b. — Passando á outra ordem de factos, Loening começa por accentuar, que os principios do direito privado não podem ser applicaveis ao Estado, quando este, em vez de *Fisco* ou sujeito de direitos e obrigações privadas, se apresenta, ao contrario, no exercicio do poder publico, isto é, como *autoridade suprema*, a cuja vontade todos os individuos devem obedecer, não lhes sendo lícito obstar - a, em nome dos seus direitos particulares.

O Estado pode, por meio da sua legislação, modificar ou abolir os direitos privados existentes; assim como, autorisar, em dadas circumstancias, aos seus órgãos a violar os mesmos direitos. Pode igualmente conferir-lhes a faculdade de decidir, segundo o proprio criterio e dentro de certos limites, si tal ou tal medida, aliás infringente dos direitos particulares, se faz necessaria, e bem assim, deixar ao arbitrio dos ditos órgãos o decidir, em dados casos, si devem, ou não, usar dos meios do cargo, elementos de força, etc, para obstar um perigo, que ameace os direitos privados dos individuos. Em todos esses casos e outros semelhantes, os actos ou omissões dos órgãos do Estado nada tem de illegal, desde que se conservem nos limites postos pela lei, ainda mesmo,

¹²⁴ Loc. cit., p. 87-91. Segundo Loening, o Estado, como explorador de vias-ferreas, e d'outras empresas do commercio ou industria, está sujeito ao cod. do commercio e as leis especiaes. Quanto aos fundamentos particulares, era que elle se apoia para chegar ás conclusões, de que acima se fez menção, são elles identicos aos de que se soccorre igualmente, para combater a responsabilidade pelos actos do governo (hic, p. 164-65, sg.).

que o seu procedimento não corresponda ao fim, ou que a sua interferencia seja desnecessaria.

Emquanto não se provar, que se procedeu com dolo ou negligencia, não se pode fallar de damno causado illegalmente: suppondo mesmo, que o funcionario haja intervindo por erro ou zelo demasiado, o seu acto não é illegal, desde que se tenha conservado dentro dos limites da lei.¹²⁵ Adverte, porém, Loening, que a sua indagação, no momento, não se refere aos actos desta especie, mas, somente, ás lesões porventura causadas a terceiros pelos actos e omissões illegaes dos funcionarios.¹²⁶ Pelo que, entrando no exame particular dos fundamentos diversos, que tem sido apresentados para justificar a responsabilidade do Estado, taes como,— o dever de *obediencia* aos funcionarios,—a culpa do Estado na *nomeação* ou *fiscalisação* destes,—o dever de *protecção* ou garantia dos direitos individuaes, ou mesmo, o de assegurar o *bem estar* dos individuos (*Wohlfahrt seiner Angehörigen*) por parte do Estado,—e o caracter representativo do funcionario, cujos actos, segundo se tem entendido, devem ser considerados, actos do proprio Estado¹²⁷; depois de confutar a semrazão de uns, e a improcedencia de outros, concluirá com as seguintes considerações :

a) Para saber, *si, e até onde*, seja admissivel a responsabilidade do Estado, precisa examinar os seus fundamentos especiaes, os quaes não se encontram, nem no *caracter representativo* do cargo publico, nem em uma culpa do Estado. E uma vez acceito, como correcto, que o *caracter representativo* do cargo, somente, não obriga ao Estado pelos actos illegaes dos funcionarios, disto resulta igualmente, que não existe uma *solução geral* da questão. Não ha fundamento juridico algum, segundo o qual, o Estado deva ser declarado responsavel por

¹²⁵ Loc. cit., p. 93-94.

¹²⁶ Loc. cit., p. 95.

¹²⁷ Loc. cit., p. 97-109.

todos os actos ou omissões ilegales, de que os seus funcionarios se mostrem culpados no exercicio dos cargos; assim como, é verdade, não haver também fundamento juridico, que exclua, por completo, a responsabilidade do Estado, acerca de determinadas especies de actos e omissões ilegales dos referidos funcionarios. A razão juridica desta responsabilidade *limitada* não está na *relação do cargo publico*, como tal, mas na *natureza juridica* de certas funções, que os funcionarios exercem em nome do Estado.

b) Do mesmo modo, não se pode admittir a *culpa* do Estado na nomeação ou fiscalização do funcionario...Dado que um funcionario superior nomeie, por culpa ou dolo, a um individuo *incapaz*... e que, da acção ou omissão illegal do mesmo, resulte um damno, a *culpabilidade* deve recahir sobre dito funcionario superior, assim como, a obrigação consequente de reparar o damno; o Estado, porém, nunca estaria por isso em culpa ou na obrigação de indemnizar cousa alguma.....

“Wenn und soweit also eine Haftpflicht des Staats anzunehmen sein wird, wird dieselbe auf besondern Reelitsgründen zu ruhen kaben, die weder in dem repräsentativen Charakter des Amtes noch in einer Verschuldung des Staats enthalten sein können. Ist das erstere richtig, dass der repräsentative Chara - akter des Amtes allein den Staat nicht verpflichtet, für die rechtswidrigen Handlungen der Beamten einzustehen, so wird daraus auch gefolgert werden müssen, dass es überhaupt eine ALLGEMEINE BEANTWORTUNG DER FRAGE NICHT GIBT. Es gibt keinen Rechtsgrund nach welchem der Staat haftbar zu erklären wäre für ALLE rechtswidrigen Handlungen oder Unterlassungen, deren sicli seine Beamte in Ausübung ihrer amtlichen Functionen schuldig maclien. Aber es gibt auch keinen Rechtsgrund, welcher allgemein die Haftpflicht des Staats für einzelne Kategorien von rechtswidrigen Handlungen oder Unterlassungen seiner Beamten AUSSCHLÖSSE. Der Rechtsgrund der Haftpflicht des Staats, soweit eine solene anzunehmen ist, liegt NICHT IN DEM VERHÄLTNISS DES STAATSAMTS als solchem, sondern IN DER RECHTLICHEN NATUR EINZELNER FUNCTIONEN, welche die Staatsbeamten im Namen des Staats auszuführen haben. Ferner aber kann eine VERSCHOLDUNG des Staats bei Anstellung und Beaufsichtigung der Beamten ebensowenig angenommen

werden, wie eine Verschuldung einer juristischen Person überhaupt. Hat aus dolus oder culpa ein höherer Beamter einen untüchtigen Menschen zu einem Amte befördert und ist der durch die rechtswidrige Handlung oder Unterlassung des Letztern entstandene Schaden auf die Verschuldung des höhern Beamten zurückzuführen, so kann auch dieser höhere Beamte schadensersatzpflichtig erklärt werden; niemals aber ist der Staat als solcher in einer Verschuldung aus der eine rechtliche Schadensersatzpflicht entspringen könnte".¹²⁸

Continuando, Loening faz juntamente menção do que se encontra na legislação e jurisprudência dos Estados alemães acerca da matéria, acrescentando, neste particular, que si, com efeito, a responsabilidade do Estado tem sido admitida, relativamente a alguns ramos da administração pública; nem por isso, é menos verdade, que no direito commum, bem como, na maioria da legislação particular dos Estados, não existem textos jurídicos expressos, que estabeleçam a responsabilidade do Estado pelos actos e omissões ilegais dos funcionários, ocorridas no exercício das suas funções políticas (*der staatlichen Functionen*).¹²⁹ E revendo os diferentes actos ou funções deste ultimo character, das quaes podia resultar semelhante responsabilidade, o autor só descobre dous casos, nos quaes ella é admissivel: 1) quando o Estado haja obtido lucro do acto illegal, até a importancia do lucro;¹³⁰ 2) quando a obrigação provenha de contractos de direito publico, (sendo de incluir nos contractos da especie os depositos publicos recebidos).¹³¹

Tal é o transumpto das idéas principaes de Loening, que ficarão melhor conhecidas, em vista da sua conclusão final, pela maneira seguinte:

¹²⁸ Ob. cit., p. 109-110.

¹²⁹ Loc. cit., p. 96 sg., 110 sg.

¹³⁰ Loc. cit., p. 116.

¹³¹ Loc. cit., p. 131. Cf. -Piloty, *Die Haftung des Staats*, p. 259.

“Temos chegado ao teimo das nossas indagações, esperando haver demonstrado que, segundo o direito positivo da Allemanha, não existe a *responsabilidade geral* do Estado pelos actos illegaes dos seus funcçionarios, e que uma tal responsabilidade não resulta, como *necessidade logica*, nem da idéa do Estado e dos funcçionarios, nem da relação dos subditos para com o poder publico. Tambem a justiça não exige nenhuma responsabilidade geral do Estado. Não ha mesmo um principio geral, decisivo da questão. Pelo contrario, é preciso conhecer das relações particulares, em que o Estado entra com os seus subditos, para, segundo a natureza juridica dellas, decidir, si é, ou não, justificavel, a responsabilidade do Estado pelos actos illegaes dos funcçionarios”.— Wir sind hiermit zum Schlusse unaerer Untersuchungen gelangt. Wir hoffen den Nachweis geliefert zu haben, dass nach positiven Recht in Deutschland ieine allgemeine Haftung des Staats aus den rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nicht existirt, und dass eine solene mit logischer Nothwendigkeit sich weder aus den Begriffen des Staats und der Beamten noch aus dem Verhältniss der Unterthanen zu der Staatsgewalt ergibt. Auch die Gerechtigkeit forrlert keine allgemeine Haftung des Staats. Es gibt überhaupt kein allgemeines Prinzip, das die Frage entscheidet. Vielmehr bedarf es einer Untersuchung der eiuzelnen Verbaltnisse, in welche der Staat mit seineu Uutertbanen tritt, um nach deren rechtlicher Natur zu entscheiden, ob eine Haftung des Staats für die rechtswidrigen Handlungen der Beamten gerechtfertigt ist oder nicht.¹³²

¹³² Ob. cit., p. 134-135.—Collocando E. Loening entre os partidarios do *systema mixto*, de que nos estamos occupando, fizemol-o principalmente, para não discordar de autores mais competentes, que assim o tem reputado.—Vide: Giorgio Giorgi, *Teoria délle Obbligazioni*, t. V, p. 515, nota 2, 5ª edição, 1900; Idem, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, it. III, p. 153 sg., 2ª ediz. 1900; Michoud, obs. citadas; etc. Pois, em nosso modo de ver particular, muito embora Loening, assim como outros escriptores allemaes, faça distincção entre os actos de natureza privada do Estado (Fisco) e os de poder publico, propriamente dito, (*Handlungen der Staatsgewalt,—Regierungshandlungen*), é, comtudo, certo que, assim fazendo, não teve em mente obedecer aos principios de um dado systema ou doutrina particular sobre a responsabilidade do Estado. Longe de admittir neste uma dupla personalidade, revestida de caracteres differentes, a dizer, uma, considerada representante da pessoa juridica (*Stellvertreter einer juristischen Person*), e a outra, órgão do Estado (*Organ des Staats*), Loening declara, ao contrario, que “esta distincção é insustentavel, e tão errada, accrescenta ainda, como aquella que procura descobrir no Fisco uma pessoa differente do Estado, como titular do poder publico (*als dem Inhaber der Staatsgewalt*): o funcçionario, que representa o Fisco, está, para cora o listado, na mesmissima relação, que o funcçionario, a quem incumbe exercer os direitos de poder supremo (*der Hoheitsrechte ausznüben hat*). Em ambos os casos tem de desempenhar funcções publicas (Amtsfunctionen) e estas, não raro, pertencem a ambos os dominios...Semilhante distincção assenta, pois, em uma simples ficção, desprovida de

Nada mais precisamos dizer, para que se infira, que, conforme as suas próprias palavras, o autor devesse figurar, de preferencia, entre os que sustentam não haver uma razão jurídica, que justifique a responsabilidade geral do Estado pelos actos lesivos dos seus representantes ou funcionarios, isto é, que o mesmo propende manifestamente para a theoria da propria irresponsabilidade do Estado.

46. — Robert Piloty é tambem considerado, como partidario da doutrina que destingue os actos do Estado, entre actos de *gestão* e actos de *imperio*, para o fim de só admittir a responsabilidade do Estado pelos dam nos provenientes dos primeiros, negando - a, quanto aos segundos.

No trabalho especial, publicado pelo autor, o que elle se propoz, foi fazer o estudo e critica da materia, somente no que respeita aos actos ou omissões illegaes dos funcionarios, no ezercicio dos direitos de poder publico;¹³³ mas, na exposição e discussão das diversas questões concernentes, não lhe faltou tambem azado ensejo para enunciar-se igualmente acerca dos actos do Estado, relativos á sua *gestão administrativa*, ou talvez melhor dizendo, sobre os actos pertencentes aos Interesses privados do Estado.¹³⁴

Antes de tudo, Piloty começa por significar, que o preenchimento dos diversos fins do Estado requer um systema complexamente organizado de funcionarios. O funcionario age no

todo o fundamento" (Loc. cit., p. 106). Guardada, sem duvida, diremos nós, a distincção entre os actos *patrimoniaes*, e os actos de *poder publico*, do Estado, o que Loening e outros tem em vista, é estudar, *separadamente*, os factos, que são do dominio do direito privado, e os que são do dominio do direito publico, para melhor verificar os casos, em que porventura se de, ou não, a responsabilidade do Estado, sob a sancção de ura ou de outro de taes direitos; mas, que o façam no Intuito de obedecer a um determinado systema dessa responsabilidade, repetimos, é o que não nos parece ter estado no pensamento dos autores alludidos.

¹³³ "Die Haftung des Staats für rechtswidrige Handlungem und Unterlassungen der Beamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte" (*Annalen des deutschen Reichs*, n. 4, de 1888).

¹³⁴ Tem igual applicação ao presente autor o que foi observado á nota 132 retro.

interesse do Estado, pelo Estado; e esse facto de agir pelo Estado pode, mas não precisa ser, *necessariamente*, uma *representação* segundo o direito privado. O interesse commum, por cujo motivo existe o Estado, requer sem duvida uma acção de órgãos estadoaes (publicos) no circulo do direito privado, e á essa necessidade corresponde a ficção do Estado, como personalidade juridica do direito privado (*Fiscus*). Quando o funcionario é chamado a agir em nome deste sujeito de direito, é elle um representante (*Stellvertreter*) no sentido do direito civil; tratando-se , porém, de actos do dominio do direito publico, o Estado não é, por forma alguma, sujeito de direito, quer opere directamente por si, quer por meio de representantes. O Estado deixa apenas ver o facto—de um certo numero de homens reunidos em um paiz debaixo de uma vontade suprema, ou de um só governo.¹³⁵

O sujeito do direito publico, no qual o interesse estadual se manifesta, não é ficticio: é o titular ou portador da soberania (*der Träger der Soitveränität*). O funcionario, chamado a agir em nome deste sujeito do direito publico, é considerado seu representante, visto derivar delle a autoridade que exerce, e, nas suas funcções jurisdiccionaes, fazer as vezes do soberano. Isto quer dizer, que o funcionario, tanto pode representar o *Fisco*, como o chefe do poder publico (*den Herrscher*) segundo se achar disposto na lei. Agindo contra as faculdades desta, elle, não só, fere o dever do cargo, como tambem, pode lesar os direitos de terceiros; e emquanto, de um lado, fica sujeito a responder disciplinarmente perante o seu superior, o dono do serviço (*dem Dienstherrn*), de outro lado, é obrigado a reparar pessoalmente o damno, que por culpa ou negligencia haja causado a esses terceiros. Pode succeder, entretanto, que o patrimonio do funcionario seja insufficiente para satisfazer o damno causado. E quem neste caso deve carregar com o mal, o lesado, ou o Estado?

¹³⁵ Loc. cit., p. 246.

A questão, acrescenta Piloty, não oferece nenhuma dificuldade, em se tratando de actos, nos quaes o funcionario representa o Estado, como *pessoa juridica do direito privado*; porquanto, com relação aos efeitos juridicos, que as acções ou omissões illegaes dos funcionarios acarretam ao Estado, como tal, têm applicação os mesmos principios, que se encontram no direito privado sobre as pessoas juridicas em geral. Não se pode, porém, admittir sem mais exame, que o mesmo se dê, quando o funcionario, em vez de representar a pessoa do Estado - *fisco*, exerce a sua actividade, como órgão do soberano,—por não se mostrar com a mesma evidencia, que o Fisco deva responder igualmente pelo damno, que o funcionario causar illegalmente a um terceiro, no exercicio das suas funcções de autoridade (*in Ausübung obrigkeitlicher Furiktionen*).¹³⁶

46 a. — Faz o autor breve resenha das theorias conhecidas, que sustentam a razão ou justiça da responsabilidade, *primaria* ou *subsidiaria*, do Estado, e bem assim, das que negam que haja fundamento juridico para mesma; e, entrando na critica das diversas opiniões e pareceres a esse respeito, manifesta-se nos seguintes termos:—A questão da responsabilidade do Estado pelos delictos (*für Beamtendelikte*) dos funcionarios tem sido tratada, tanto sob o ponto de vista do direito publico (*des öffentlichen Rechts*) como do direito privado. Dado, porém, que assista ao individuo, lesado pelo delicto do funcionario, um direito de acção contra o Estado, esse direito só se poderá tornar effectivo no direito privado, a dizer, segundo as disposições deste direito, relativas á indemnisação do damno em casos analogos. Certo, o facto de um damno

¹³⁶ Loc. cit., p. 246. Neste ponto o autor declara, que muito embora seja possivel, que a *lex ferenda* venha reconhecer, por principio de equidade, a responsabilidade do Estado; é, comtudo, certo, que nem no direito *commum* ou *usual* vigente na Allemanha, nem no de outros paizes (França e Itália) existem ainda disposições expressas de lei positiva, estabelecendo essa responsabilidade, como regra geral. Não desconhece, porém, e antes confessa, que varias leis já existem, reconhecendo-a em relação á certas especies de casos e em circumstancias diversas.— Ibidem, e *notas* a p. 246-247.

ser causado ilegalmente não basta para autorizar a acção de indemnização contra o Estado; porque o damno não é, effectivamente, obra do Estado, mas do funcionario; e, consequentemente, dada a possibilidade de acção, esta só devia ter cabimento contra o ultimo. Precisa, pois, chegar-se a um momento mais extensivo, para que se possa, então, justificar a responsabilidade do Estado.

O fundamento desta só pode ser achado, ou na relação do serviço entre o Estado e o funcionario, ou na relação de *subdito*, que se dá entre o Estado e o individuo lesado, ou em ambas estas relações juntamente; e como as sobreditas relações pertencem ao direito publico, a questão da sua determinação juridica toca á esphera deste direito. Subsiste, todavia, como problema do direito privado, firmar, ao seu turno, si as relações alludidas do direito publico são capazes de servir de fundamento á uma acção de indemnização contra o Estado: a circumstancia de o direito publico reger, no caso, a relação dominante entre o funcionario e o Estado serve, apenas, para facilitar ao direito privado o problema, que lhe incumbe...

Portanto a questão é, em parte, directamente do direito publico, e em parte, exclusivamente do direito privado.¹³⁷

46 b. — Admittida a responsabilidade do Estado, por este ou aquelle fundamento juridico, cumpre verificar: 1) as condições da sua extensão e qualidade; 2) as razões apresentadas, pro ou contra, semelhante responsabilidade. No que respeita ás "*condições*" (*Voraussetzungen*) da responsabilidade do Estado, só é licito cogitar della em geral,—quando a lesão causada é de tal ordem, que o proprio funcionario pode ser chamado a responder por ella. Muito embora não seja impossivel, que a legislação declare o Estado—o responsavel exclusivo—para com o lesado, conservando acção regressiva contra o

¹³⁷ Piloty, loc. cit., p. 260-61.

funcionario, A facto é, que, quando nas leis, na doutrina, e na pratica se trata da responsabilidade do Estado, sempre se tem entendido, ou uma responsabilidade "*primaria*" do Estado, conjuntamente com a do funcionario, ou uma responsabilidade "*subsidiaria*" do Estado¹³⁸, no caso de insolvabilidade do funcionario. Quer dizer,—a responsabilidade "*primaria*" deste ultimo deve ser sempre presupposta ou subentendida... O que seria discutivel, é a extensão desta responsabilidade; visto não haver accôrdo de vistas,—quanto ao gráo de cuidado, exigido do funcionario pelo direito privado, e cuja inobservancia constitúa uma violação do dever official. Ao nosso proposito, continua Piloty, satisfaz, todavia, ficar estabelecido, que a responsabilidade do funcionario pela violação de seus deveres deve ser reconhecida no direito com mura, como condição fundamental da responsabilidade do Estado. Mas esta condição, embora fundamental, não é a unica condição da responsabilidade do Estado...Condição, para que haja a responsabilidade do Estado, é tambem a de que o lesado não se ache em culpa, por exemplo, tendo deixado de fazer valer o remedio legal;—é preciso, além disto, que não lhe reste mais nenhum remedio legal ao seu dispor. Entretanto é, por outro lado, superfluo exigir, como fundamento da acção de indemnisação contra o Estado, o concurso da violação "*objectiva*" do direito pelo acto lesivo e da culpa "*subjectiva*" do funcionario, como pretendia Zacharice; visto como ambas estas exigencias já se contém na condição geral,—de que o funcionario seja declarado responsavel.¹³⁹

46 c. — Além disto, uma vez supposta a responsabilidade do Estado pelos actos illicitos de seus funcionarios, não se comprehende porque certas especies delles, ou certas funcções de alguns funcionarios do Estado, devam justificar uma excepção a dita responsabilidade, como,

¹³⁸ Ibidem.—O autor faz menção de uma lei da cidade de Hamburgo, consagrando a responsabilidade *exclusiva* do Estado; mas observa, que tal é a confusão dos dispositivos especiaes da mesma lei a esse respeito, que não so pode afflirmar, si, com effeito, esteve no pensamento della estabelecer uma responsabilidade *primaria* on exclusiva Estado...

¹³⁹ Loc. cit., p. 262.

notadamente, se tem pretendido acerca dos magistrados ou dos actos judiciarios...¹⁴⁰ A unica distincção, accentúa Piloty, das funcções publicas (*Amtshandlungen*) que pode influir na questão da responsabilidade, é a “*distincção dos actos:—uns, em que o Estado apparece, activa e passivamente, como sujeito do direito privado;—e outros, em que os funcionarios desempenham funcções de governo. Esta distincção é de importancia, porque a questão da responsabilidade nos dous casos tem de ser decidida, de pontos de vista differentes*”. O característico dos actos de governo é a autoridade (*Amtsgewalt*). Em certos casos, parece difficil afirmar, si o acto é, ou não, um acto de governo; tal é o que succede com relação aos depositos, cuja responsabilidade, no entender de *Pfeiffer, H. A. Zacharice, Bluntschli e Laming*, deve ser verificada segundo os principios do direito publico, todas as vezes, que os funcionarios se acharem em culpa a esse respeito. Entretanto, continua Piloty, esta questão é facil: nos depositos voluntarios ha um simples contracto de direito privado, o qual, si não é o *depositum* do direito romano, deve ser, comtudo, julgado segundo os principios do direito privado. O Fisco obriga-se , por esse contracto, a guardar o deposito e a restituil - o no tempo marcado; por isso, no caso de damno, causado por culpa ou negligenciados seus empregados, aquelle deve responder, como qualquer dono do negocio, (*als Gesehäftsherr*) nos termos do direito privado. No deposito obrigatorio, isto é, naquelle, que é feito por mandado do juiz ou disposição da lei, a relação dominante em nada diversifica: uma vez que tambem aqui o Fisco assume a obrigação de conservar e restituir o deposito, deve responder igualmente, segundo o direito privado, pelos delictos dos seus empregados. No deposito, ordenado judicialmente, ocorre, é certo, a consideração de que o acto judicial que o ordena, é um acto de poder (*Regierungsverhandlung*). Mas, a menos que o juiz, ao dar a respectiva orem, commetta uma illegalidade, a questão da responsabilidade do Estado, pelo damno resultante, não poderá ser

¹⁴⁰ Vide: Hic, p. 128.

encarada e resolvida, do ponto de vista do direito publico. E ainda assim, como na guarda e restituição do deposito o Fisco age pelos seus empregados, dentro do terreno das obrigações do direito privado, o mesmo deve ser declarado responsavel, como si fora um dono do negocio (*als Gesehäftsherr*), pela damnificação do deposito. Ligação semelhante e, certamente, mais estreita, dos actos de governo com as materias do direito privado, é a que se dá nas apprehensões e sequestros judiciaes.— Aqui existe igualmente para o Fisco a obrigação *privato juridica* de guardar as cousas apprehendidas, e, satisfeito o fim da apprehensão, restituil-as a quem de direito. A questão de saber, si o acto illegal do funcionario deve ser tomado, como exercicio de um acto do governo, ou como representação do Fisco, (dono obrigado do negocio) será illustrada pelos seguintes exemplos:

a) Um empregado de policia fez a apprehensão de generos alimenticios em casa de A, sem haver observado as disposições leaes a respeito, e os generos, durante a sua apprehensão, se deterioraram. Esse acto illegal é um acto de governo, e portanto, a responsabilidade do Estado deve ser apreciada, do ponto devista do direito publico.

b) Um empregado de policia foi encarregado da diligencia judicial de apprehender generos alimenticios em casa de A, e leval - os em seguida ao Deposito Publico. Fez a apprehensão na forma da lei; mas, em vez de leval - os a deposito, os consumio. Nem o acto de conduzir os generos ao deposito, nem o consumo dos mesmos foram actos de governo. O juiz, ordenando a conducção dos generos, assim como, o empregado policial extraviando - os, procederam, como representantes do dono do negocio, o Fisco, ao qual cabe a obrigação de guardar os generos apprehendidos nos termos do direito privado; por consequencia, a responsabilidade do Estado, no caso, seria julgada pelos principios deste

direito, relativos á responsabilidade das pessoas juridicas pelos delictos dos seus representantes.¹⁴¹

Quanto a *extensão* da responsabilidade do Estado, pensa Piloty, que ella se devia determinar pela propria responsabilidade do funcionario, ambos *solidarios* por todo o damno causado. Quanto á sua *qualidade*, a responsabilidade deveria ser *primaria*, opinião, alias, sustentada pela maioria dos autores, e não, simplesmente *subsidiaria*; a menos que, em relações analogas á da fiança do direito privado, o Estado só tenha, porventura, assumido uma responsabilidade desta ultima especie.

46 d. — Entretanto, tudo isto, que vimos de dizer, á conta do illustre autor, assenta na hypothese de ser acceito, como verdadeiro, o principio da responsabilidade do Estado pelos actos e omissões illegaes dos funcionarios no exercicio do poder publico.¹⁴² Porque, conforme o seu modo de vêr *pessoal*, e o *direito positivo*, Piloty, passando em revista os diversos fundamentos theoricos apresentados, uns baseados no direito privado (na relação do *mandato* ou na relação *institoria*), e outros no direito publico (*Subjektionsverhältniss*, *Repräsentationsverhältniss*, *Garantieverhältniss*), para o fim de verificar o valor ou applicação de todos elles, cada um, segundo o seu conteudo particular,¹⁴³ não duvidara affirmar, como cousa demonstrada: que todas as tentativas de fundar a responsabilidade do Estado pelos actos illicitos dos funcionarios, já do ponto de vista do direito privado, já do ponto de vista do direito publico,

¹⁴¹ Loc. cit., p. 264. Piloty entende que o mesmo criterio deve ser empregado, quando, se tratando de casos sobre hypothecas, herança, e tutoria, se quizer saber si, no caso particular, o acto do funcionario é, ou não, um acto de governo; porquanto, em taes funcções, o funcionario une frequentemente aos seus actos de governo a acção de agente estadual ou representante do Fisco, conforme ao direito privado. Isto se dá, sobretudo, em relação ao tutor, como guarda dos dinheiros do pupiilo.

¹⁴² Loc. cit., p. 265.

¹⁴³ Para evitar repetições, chamamos a attenção do leitor para os argumentos com os quaes Piloty combate as diversas theorias da responsabilidade do Estado *pelos actos de governo*, e que se encontram no Titulo Segundo, cap. II, signanter, nota á p. 241 deste trabalho.

careciam de procedencia. Não existe, realmente, nenhum fundamento verdadeiro para semelhante responsabilidade, insiste elle; pelo contrario, o que subsiste, como direito commum, é a these: “O Estado não responde pelo damno, que aos terceiros fôr causado com os actos ou omissões illegaes dos funcçionarios no exercicio dos direitos de poder publico”.

Es ist, wie ich glaube, durch diese Ausführungen der Nachweis geliefert, dass alle Versuche, eine Haftung des Staats für Beamtendelikte vom Standpunkte des Privatrechts wie des öffentlichen Rechts zu begründen, misslungen sind. Ein wahrer Grund für solche Haftung besteht nicht. Es gilt vielmehr für das gemeine Becht der Satz: “Der Staat haftet nicht für den Schaden welcher Dritten durch rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der Beamten bei Ausübung Staatlicher Hoheitsrechte zugefügt wird”.¹⁴⁴

47. — A. Giron, apoiando-se em razões de principio e em argumentos tirados da jurisprudencia, encara a questão da responsabilidade civil do Estado, da maneira mais simples e precisa.

O Estado, diz elle, representa a sociedade debaixo de um duplo ponto de vista, como pessoa civil *vis - á - vis* das outras pessoas, e como poder publico (*puissance publique*) *vis - á - vis* dos administrados. Quando age, como pessoa civil, tem interesses e direitos da mesma natureza que os dos simples cidadãos, com os quaes trata de igual a igual, se obrigando, e obrigando - os, reciprocamente: neste caracter é elle sujeito á applicação do artigo 1384 do codigo civil,—desde que a lei não estipula nenhuma excepção em seu favor. Mas a disposição desse artigo lhe deve ser applicada restrictamente, uma vez que ella derroga ao principio da responsabilidade pela culpa pessoal. A sua influencia não sabe da esphera das pessoas privadas e dos interesses privados, a dizer: o Estado não lhe é sujeito, quando age, como poder publico, em desempenho da sua missão governamental. Os qualificativos de

¹⁴⁴ Ob. cit., p. 271. — Cumpre, talvez, não omitir, que o autor chegara a conclusão supra, tendo principalmente em vista o direito até então vigente na Allemanha.

committente e preposto se devem restringir aos casos, em que se dão comissões num interesse privado e para actos da vida civil, e, por isto, inapplicaveis aos cargos e funções publicas, nascidas das leis e regulamentos que interessam á ordem publica e á boa administração do Estado.¹⁴⁵

Isto posto, pensa o autor, que o que é preciso, é fazer na materia a seguinte distincção:

Toutes les fois que l'Etat execute lui - même, par l'intermediaire de ses ouvriers, preposés ou commis, des travaux ou des opérations qui ne constituent pas l'exercice de la puissance publique, et dont il serait possible de deleguer l'entreprise à des particulières,—lorsqu'il batit, par exemple, un edifice,—lorsqu'il pave une chaussée,— lorsqu'il se charge de transporter des voyageurs ou de marcliandises,— lorsqu'il fabrique des armes, etc, il est responsable des délits et des quasi - délits, commis par ces preposés, au même titre et dans la même mesure que les particuliers.¹⁴⁶

Mas, em contrario, accrescenta elle:

Lorsque les fonctionnaires ou employés qui représentent l'E'tat dans l'accomplissement de sa mission gouvernementale se rendent coupables d'un delit ou d'un acte arbitraire, la responsabilité qu'il encourent leur est personelle et ne rejaillit pas sur l'institution générale, provinciale ou communale.

Todavia, segundo reconhece juntamente A. Griron, esta irresponsabilidade do Estado, acerca dos actos de *poder publico*, não deixa de admittir *certas excepções*...

Por exemplo, si do delicto ou quasi - delicto do funcionario provier um lucro para o Estado, apreciável em dinheiro, o Estado deve ficar responsavel pela indemnisação até a importancia do mesmo lucro.

¹⁴⁵ A. Giron, Le droit admimstratif de la Belgique, t.I, n. 230 sg.—Bruxelles, 1885, 2.^a edic.

¹⁴⁶ Ob. cit., n. 231.

Do mesmo modo, a lei pode estabelecer, e já o tem feito, excepções convenientes, quer admitindo a responsabilidade do Estado por actos, que tem innegavelmente o character de poder publico, quer isentando - o della em casos, nos quaes o Estado se apresenta nas relações juridicas da ordem civil.¹⁴⁷

Em resumo, taes são as idéas de Giron. que interessam ao assumpto, no ponto de vista particular, de que agora nos estamos occupando.

48. — Giorgio Giorgi, é partidario decidido da doutrina da distincção dos actos do Estado,¹⁴⁸ como criterio ou condição da responsabilidade, resultante dos mesmos actos. Qualifica mesmo esta doutrina de "*systema dominante*", querendo, deste modo, significar, que ella deve ser tida, como verdade já alcançada na discussão do assumpto. Pelo muito, que esse distincto autor vale aos olhos dos que se occupam de estudos desta natureza, vamos transcrever para aqui uma parte dos conceitos, razões e argumentos, com os quaes elle exprime o seu juizo.

Il collocare nella distinzione fraatto compiuto jure imperii, o jure gestionis il criterio per risolvere, se lo Stato ne sia responsabile, quando fu cotnmesso per un abuso del pubblico ufficiale, sinomizza con la distinzione fra Stato—persona giuridica, e Stato—persona politica: corrisponde ai distinguere due ordini di relazioni diverse fra lo Stato e gli individui, e due facce distinte della personalità dello Stato. Relazioni di diritto pubblico, o personalità politica, quando l'atto compiuto dallo Stato mediante l'interposta persona dei pubblico ufficiale sia l'esercizio dei potere pubblico: relazioni

¹⁴⁷ Loc. cit., ns. 233-34.

¹⁴⁸ "Io pure fui tra coloro, che prestarono adesione ai sistema, che distingue l'atto d'impero dall'atto di gestiono. Seoza pentírmene oggi: per ché la discretiva avendo il suo addentellato nelle tradizioni, il suo riscontro nella dottrina piú seria e nella giurisprudenza dei paesi che hanno leggi analoghe alle nostre, il suo fondamento inunconcetto emientemente razionale, *mi pare il solo che possa*, quando venga inteso e applicato rettamente, conjurei alia solluzione dell'arduo poblema."—*La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, t. III, n. 81, p. 171. Pirenze, 1900, 2ª ediz. O autor já se havia declarado partidario do referido systema em sua obra anterior—*Teoria delle Obbligazioni*, t. V, p. 501, da 5ª edição, 1900.

di diritto privato, o persona giuridica, quando l'atto non sia punto l'emanazione del pubblico potere. Corrisponde al canone scientifico, che le guarentigie concesse al cittadino contro gli abusi del pubblico potere appartengano al diritto pubblico interno e derivano dalla Costituzione politica,— *communis reipublicae sponsio*: la quale determina le prerogative dell'autorità imperante, e i mezzi concessi ai cittadini per contenerla nei limiti delle sue attribuzioni, e per ottenere la riparazione degli abusi; nè quelle guarentigie possono chiedersi al codice civile, corpo delle leggi destinate a regolare le relazioni fra individuo e individuo, e non applicabili allo Stato, se non quando, lasciata la veste di potere imperante, svolge la sua operosità nel campo delle relazioni individuali, e *utitur jure privatorum*.¹⁴⁹

Neste trecho nos dá o illustre autor uma synthese do seu pensamento com relação ao systema, que adopta. Não lhe parecem, talvez, de escolha muito feliz as expressões de *actos de imperio*, e *actos de gestão*, como correspondentes ás de *personalidade politica* e *personalidade juridica*;— mas observa, si, desgraçadamente, a linguagem se presta a equívocos e favorece a critica, “a distincção, intrinsecamente considerada, é verdadeira”.¹⁵⁰ Ninguém pode negar, que o Estado é investido de poder soberano, e o exercita pelos tres ramos — legislativo, judiciario e executivo, mediante actos de autoridade, executados por funcionarios publicos; e como estes são susceptíveis de prevaricação e erros, não ha duvida, que os cidadãos podem ser victimas de abusos, que lhes causem damno, merecedor de reparação pecuniaria, segundo a justiça natural...

48 a. — “Por acto de imperio se deve entender o que nasce, se desenvolve, e se realisa no campo do direito publico”; elle tem a sua raiz na soberania ou supereminencia do poder publico sobre os individuos, e resulta da necessidade fatal, de não poder haver communitade social, sem autoridade de uma parte, e sujeição de outra.¹⁵¹

¹⁴⁹ Giorgio Giorgi, loc. cit., n. 83, p. 179 sg.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 180.

¹⁵¹ Ob. cit., n. 96, p. 201 sg.

Na esphera dos actos de imperio se comprehendem os actos do poder legislativo e do poder judiciario; advertindo, todavia, que em relação ao ultimo poder, só são de considerar, como taes, os actos dos magistrados investidos do imperio ou jurisdição, e não os dos outros funcionarios judiciaes.

Sabidamente, são tambem de incluir nos actos de imperio os do poder executivo; mas, justamente, com relação á variedade dos actos deste poder, é que se dão, ora funcções de imperio, e ora funcções de gestão. Segundo os principios estabelecidos pelo autor, são de considerar actos de imperio, não só, os decretos, instrucções e regulamentos, mas tambem, os actos positivos on negativos, executados em qualquer ramo do publico serviço, diverso da administração patrimonial, comtanto que não tenham o character contractual. Particularisando, indica, como principaes, os seguintes, que mencionaremos nos proprios termos:

Gli atti e i provvedimenti di sicurezza o di sanità pubblica, ovvero diritti alia protezione delle industrie e del commerci: gli ordini dell'autorità militare per attuare le leggi del reclutamento del esercito di terra e dell'armata di maré; gli atti tutti che hanno per obbietto la istruzione pubblica, e la sorveglianza sull'istruzione privata, quelli che riguardano l'accertamento dello Stato civile delle persone, la conservazione dei libri fondiari e ipotecari, ossia la pubblicità della proprieta fondiaria, ferma rimanendo la responsabilità personale del conservatori; gli atti di tutela e d'ingerenza governativa sulle provincie, sui comuni, sugli istituti pubblici di beneficenza, e generalmente sui corpi morali di ogni specie, sottoposti alia sorveglianza governativa; le operazioni del debito pubblico, fatta eccezione di quelle che assumono figure contrattuali; l'accertamento e la riscossione delle imposte, delle tasse e gabelle, salve le conseguenze del solve et repete nella esazione indebita; i provvedimenti che concernono le amministrazioni del Demanio Pubblico Nazionale, voglio dire, delle strade nazionali, dei fiumi e torrenti, delle spiagge e dei fortilizi, purché non offendano la proprieta privata, o i diritti individual di uso garantiti dali a legge: perche allora può nascere un obbligo d'indennità, fondato sulla gnarentigia della proprieta privata;—le concessioni governativo di ogni specie, che s'intendono fatte senza pregiudizio del terzo - , e finalmente, le espropriazioni per causa di utilità pubblica, concesse ai privati a loro rischio e pericolo, salvo ciò che riguarda la revocabilità delle

concessioni - contratti, quando la revoca costituisca, atteso il carattere contrattuale, una specie di espropriazione a danno del concessionario; finalmente, gli atti della forza militare in tempo di pace o di guerra, purché non siano invasioni di proprietà private decretate in quelle forme o circostanze, che secondo legge danno diritto a indennità.¹⁵²

Mas, prosegue Giorgi, o Estado, além de depositario do poder publico, tem uma capacidade civil, assim como, as provincias, as communes e os corpos moraes, nos termos do art. 2º do código civil; e quando desenvolve essa capacidade, sem fazer uso do poder, fica sujeito às obrigações civis, do mesmo modo, que goza dos direitos civis...

Se nell'esercizio del suo possesso, o nello svolgimento del suo diritto contrattuale, reca offesa a un terzo, mediante gli atti dei quei pubblici ufficiali che sono preposti all'azienda patrimoniale o contrattuale, ecco il suo obbligo indiscutibile di risarcirne il danno, a norma dell' 'articolo 1153 del codice civile.¹⁵³

48 b. — “Por acto de *gestão*, no seu sentido proprio e restricto, se entende o acto de economia patrimonial, praticado pelos funcionarios publicos, no interesse da comunidade”, ou como administradores dos — *bona quae sunt in patrimonio populi* —, ou como *partes contractantes* autorisadas a exigir, ou a satisfazer, em forma contractual, algum serviço de utilidade publica.¹⁵⁴

Não se trata de opera do poder legislativo ou judiciario, mas sempre do poder executivo, o qual pode despojar-se das suas prerogativas autoritarias, e agir *more privato*.

Presuppone la capacità giuridico - privata dello Stato e ne costituisce l'esplicazione, versandosi nel ricambio delle cose e del servizi sotto l'egida della giustizia commutativa, estranea ai rapporti di diritto pubblico interno. Perciò soggiace al codice civile: e come dal codice civile l'atto di gestione prende norma nel suo svolgimento legittimo, così ai

¹⁵² Loc. cit., n. 99, p. 205-206.

¹⁵³ Loc. cit., n. 84, p. 181.

¹⁵⁴ Ibidem, n. 88, p. 187.

codice rimane sottoposto, quando trasmoda o prevarica, e si converte in nn abuso de commissione o de omissione, che lede qualche diritto individuale. Se l'offeso è colai che aveva contrattato coll'amministrazione, ecco una colpa contrattuale e un obbligo di risarcimento, in corrispondenza dell'entità di quella colpa: se l'offeso non é un contraente, ecco invece una colpa Aquiliana e un danno risarcibile à norma degli articoli 1151 e seguenti dei codice civile.¹⁵⁵

Isto dito, não seria, talvez, preciso acrescentar da nossa parte, que, como actos de gestão, são, conseguintemente, de considerar: a) todos os que se referem ao dominio privado do Estado (excluidos, todavia, os do dominio publico, que, tendo seu fundamento no direito publico, não pertencem á personalidade juridica, e, sim, a personalidade politica do Estado); b) todos os que se referem as administrações de caracter industrial, ou á empresas dirigidas por fuuccionarios do Estado, taes como: correios, telegraphos, laboratorios e oficinas civis ou militares, quaesquer que sejam, e outros serviços semelhantes¹⁵⁶; c) os contractos de obras publicas, fornecimentos, e outros de igual natureza;—em tudo o que, predomina principalmente o regimen contractual.

48 c. — No que respeita á responsabilidade pecuniaria ou indemnisação por parte do Estado, Georgi adduz tambem certas distincções, quanto aos actos de imperio, taes como:

1) Que dos actos legislativos, isto é, da lei, *“la madre del diritto”* não póde jamais nascer uma responsabilidade civil do poder publico. A unica questão discutivel seria a de saber, si uma lei, que altera ou destroe direitos individuaes, deve ser justa, estatuinto juntamente uma compensação adequada...E pois,

“si a lei parecer dura a alguém, este poderá valer-se do direito de petição, pedindo a sua reforma, mas, não, pretender uma compensação pecuniaria pelo damno

¹⁵⁵ Ob. cit., n. 88, p. 187 seg.

¹⁵⁶ Ibidem, n. 94, p. 195.

soffrido; salvo si a propria lei lhe tiver reconhecido semelhante faculdade ...”¹⁵⁷

2) Que o mesmo se deve dizer dos actos do poder judiciario; não, porque os magistrados não sejam capazes de culpas, estando, pelo contrario, previstos os casos de culpas ou crimes dos mesmos, assim como, a sua responsabilidade pessoal de reparar o damno civil ao lesado; mas, porque é impossivel reduzir o magistrado á simples condição de um preposto do Estado, por cujos actos este deva responder...¹⁵⁸ Não ignora o autor, que ha uma escola nascente¹⁵⁹ de criminalistas, que affirmam a obrigação do Estado pelos erros ou injustiças do poder judiciario; mas, no seu entender, as garantias protectoras contra a acção do poder judiciario se devem buscar, antes nos systemas preventivos, do que nas reparações, isto é, na elaboração de leis claras e precisas, as quaes, bem regulando a acção desse poder, a tornem mais facil, e menos perigosos, os erros dahi provenientes.¹⁶⁰

3) Que dos actos do poder executivo, ou antes dos erros dos funcionarios desse poder, provém, certamente, damnos aos particulares; mas, a sua reparação, ou fique a cargo do funcionario ou do Estado, não se poderá conseguir, sem haver um corpo de leis especiaes, ou, ao menos, uma tal estrutura e equilibrio de leis positivas, de que lhes resulte completa garantia... Os agentes do poder tem, em materia de segurança publica, de saude e hygiene publica, para não fallar do mais, tamanha latitude de faculdades, que, no uso dellas, podem facilmente lesar os direitos individuaes da liberdade e propriedade patrimonial...

— Neste estado de cousas, continua Giorgi, a responsabilidade pecuniaria do Estado, admittida de maneira illimitada, seria, por certo, a

¹⁵⁷ Ob. cit., n. 98 a e n. 113, pag. 235 sg.

¹⁵⁸ Ibidem, pag. 204.

¹⁵⁹ Bernard, *De la reparation des erreurs judiciaires*;—Pascaud, *De l'indemnité à allouer aux individus condamnés*;—Gregoraci, *Della riparazione delle errori giudiziari*.—Cf. Bonasi, *La responsabilità dello Stato per gli atti dei suoi funzionari*.—Roma, 1886.

¹⁶⁰ Giorgio Giorgi, loc. cit., n. 112, pag. 234.

mais plena garantia dada ao cidadão. Mas, examinada a questão por outra face, essa responsabilidade pecuniaria do Estado por todos os actos do governo, não temperada de restricções oportunas, traria, por sua vez, gravissimos inconvenientes: não só, tornaria lenta e embaraçosa a acção governativa, como ainda, fomentaria cubicas e litigios, que, por fim, redundariam em danos aos contribuintes, isto é, aos cidadãos, os quaes, em conclusão, é que teriam de pagar semelhantes danos.¹⁶¹ Em vista do que, pensa o citado autor, que o partido mais pratico seria talvez, estender o systema das cauções (*fianças*), ao menos, para todos os empregos publicos, que acarretam o manejo de valores ou de objectos patrimoniaes pertencentes aos particulares; e pelo excedente, quando a fiança não bastasse, estabelecer a responsabilidade limitada do Estado de satisfazel - o com os proprios emolumentos dos serviços, a que se referissem os actos lesivos; exceptuados aquelles de character strictamente politico, nos quaes deverá bastar, além da responsabilidade politica, a responsabilidade pessoal do ministro ou de quem o represente...¹⁶²

Não é preciso lembrar que, neste ponto, o autor se refere aos actos de imperio sómente. Quanto aos actos de gestão, a responsabilidade do Estado, é, como já dissera, tão completa, quanto couber nas disposições do direito privadom, porventura, applicaveis ás especies particulares.

E a este respeito, cumpre - nos ainda dizer, que Giorgio Giorgi não é tão restrictivo, como outros, sobre a condição de que, *para ser reparavel* o damno, deve ser ele cassado ao exercido das funcções ou faculdades confiadas ao funcionario (*nell'esercizio delle incombenze, a cui pubblico ufficiale era deputato*): estende que, geralmente, fallando, a hypothese é a mesma,— quer quando o funcionario applica mal a lei.—

¹⁶¹ Loc. cit., n. 100, pag. 201.

¹⁶² Loc. cit.

quer quando ultrapassa os limites postos às suas atribuições, exercitando-as sem competência.¹⁶³

Com relação á natureza da responsabilidade, o autor pensa, finalmente, que se trata de uma obrigação, *solidaria, principal*, como é a do proprio funcionario culposo.¹⁶⁴

49. — L. Michoud é, dentre os escriptores francezes de data mais recente, o primeiro, que se propôz tratar da materia da responsabilidade civil do Estado, de uma maneira especial e methodica, dando, por isso, ao seu trabalho o grande valor, que todos com razão lhe reconhecem.¹⁶⁵ Fazendo um retrospecto analytico das theorias diversas, que se tem aventado, elle as aprecia e critica, já segundo o valor de cada uma dellas, já segundo a applicação que das mesmas se tem feito no dominio da jurisprudencia;— procurando de tudo tirar razão e argumento para demonstrar, que a doutrina “da distincção entre actos de gestão e actos de autoridade ou de *poder publico*” deve ser acceita, como base segura acerca da responsabilidade directa do Estado.— Diz esse autor:

Au jourd’hui nous concevons l’Etat comme une personnalité à double face: il est à certains égards une personne morale de droit prive accomplissant des actes de gestion sur son patrimoine, traitant avec les particuliers par des contrats, exerçant certaines industries, possédant certains biens, et soumis, en principe, dans ses actes aux régies du droit prive; il est à d’autres égards um être juridique supérieur possédant des droits éminents, auxquels aucun particulier ne

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Loc. cit.,—O que acima doi mencionado ou transcripto não significa mais, do que uma ligeira idéa do muito que o autor expõe sobre a materia. E não devemos ommitir, que encarando os proprios *actos adminsitrativos jure imperii*, elle reconhece a responsabilidade do Estado, em mais de um caso, notadamente:—nas violações ou rompimentos de contractos,—em dados casos de servidões impostas,—nos de desapropriações e outros semelhantes, de que provenham damno ao direito privado. Donde se vê, que não obstante a sua adhesão ao systema, Giorgi não fica adstrito á *regra geral*, aliás predicada por elle e por outros,—de que, com relação aos actos *jure imperii*, o Estado não deve responder por danos causados—Vide: Ob. cit. t. I. n. 126, pag. 309, seg. t. III, n. 117-125, pag. 241-263;—Cf.— “*Delle Obligazioni*” t. V, n. 338 sg., pags 501-552.

¹⁶⁵ L. Michoud, *De la responsabilité de l’Etat á raison des fautes de ses agents* (na *Revue du Droit Public*, t. III e IV.—Paris, 1895.)

peut prétendre et qui ont tous leur source dans le droit de souveraineté, ou droit de commander aux particuliers et de s'en faire obeir...Remarquons bien du reste, qu'il ny a pas dans l'Etat deux personnes, distinctes et independantes l'une de l'autre, comme certains auteurs ont paru le soutenir¹⁶⁶; c'est un seul et même être juridique qu'appartiennent et les droits que dépendent de la souveraineté, et ces droits privés qui sont comme un accessoire indispensable des premiers, ayant pour objet d'en rendre l'exercice pratiquement possible. Les agents mêmes chargés d'exercer ces divers droits ne sont pas toujours distincts, et beaucoup d'entre eux ont á exercer en même temps des actes d'autorité comme agents de l'Etat - puissance publique, et des actes de gestion, comme agents de la personne morale de droit privé.¹⁶⁷

49 a. — Particularizando melhor o seu pensamento, o autor observa: que o Estado, como proprietário, credor, devedor, contractante, é regido pelas mesmas regras que um particular, salvos os casos em que a lei lhe tenha reservado uma situação privilegiada. Não ha, por exemplo, uma theoria da propriedade que lhe seja peculiar; elle a *adquire* e a *transfere*, quasi da mesma maneira, que o faz o individuo particular, salvo as excepções contidas na lei. Não ha do mesmo modo uma theoria de

¹⁶⁶ O autor refere-se neste ponto a dous autores allemães: *Rönne* (*Preussisches Staatsrecht*, III, § 267), que disse: "*Fiskis und Staat seien zwei ganz verschiedene Personen, von denen die leztere übernehmen eine Verbindlichkeit gegen Unterthanen nicht übernehmen könne, während der Fiskus seincrseits für den Staat nicht hafte...*"; — e *Primker*, que por sua vez preopinara: "A melhor orientação para resolver a questão se acha na theoria da dupla personalidade do Estado, isto é: — considerando-o, como *fisco*, a dizer, possuidor de bens, e por isto mesmo, um sujeito de relações do direito privado; — e considerando-o, como *governo*, isto é, sujeito de direitos de poder publico. O Estado se apresenta como *fisco*: quando possuo propriedades immoveis, edificios publicos, terras, florestas, estradas, armazens de provisões, armas, etc.;—quando emite emprestimos, ou auferre rendimentos de outras fontes, taes por exemplo, exercendo o commercio do tabaco, do sal ou de loterias,—fazendo-se empregario de vias-ferreas, de telegraphos e outros serviços industriaes,—fazendo executar, pelos seus funcionarios, contractos e mais actos juridicos, necessarios a administração, ao desenvolvimento e aproveitamento dessas e outras operações. Por outro lado, os direitos de justiça, de policia, a fiscalisação e soberania em materia financeira e militar, o direito de paz e de guerra, formam a noção do Estado no seu sentido restricto, como *governo*. Os funcionarios representam o Estado nestas duas ordens de funcções, e si os mesmos causarem um damno a terceiro, o facto se ha de dar: ou agindo elles como representantes dos seus interesses economicos e, por isso mesmo, infringindo uma obrigação fundada no direito privado;—ou agindo como representantes do Estado-governo, e consequentemente, infringindo, no ultimo caso, uma obrigação, cuja sancção pertence ao direito publico".—*Verhandlungen des IX^{ten} Juristentags*, t. III, p. 28 sg. "

¹⁶⁷ Michoud, ob. cit., t. IV, p. 2 sg.

obrigações, feita expressamente para elle; os contractos que celebra são sujeitos a um grande numero de disposições especiaes; mas a multiplicidade destas disposições não lhes tira o character de *excepcionaes*; e a respeito de todos os pontos que ellas não regulam, é sempre ao direito commum das obrigações que se deve recorrer. Isto que succede em relação ás obrigações contractuaes, tem logar igualmente em relação ás obrigações nascidas dos quasi contracto, do delicto on do quasi delicto. O principio deve ser, insiste Michoud, que o Estado, como pessoa moral do direito privado, é sujeito, no que lhe concerne, ás mesmas regras, que as outras pessoas moraes: só escapará dessas regras, si houver disposição expressa ou tacita da lei, que a ellas o subtraia.¹⁶⁸ O facto *gerador* da responsabilidade, passando-se todo na gestão dos serviços publicos, *não constitue o exercido de poder publico*: o Estado não apparece ahi dando uma ordem, editando uma prohibição, expedindo uma autorização num interesse geral,— mas simplesmente, exercendo uma industria, oferecendo serviços aos particulares que outros lh'os poderiam prestar, explorando uma propriedade de natureza especial, como a propriedade territorial, ou emfim, fazendo circular cavallos e carros pela via publica, como o poderia fazer qualquer particular. Nestes casos diversos, si o Estado for responsavel, sel - o - ha em virtude das regras do direito privado, e debaixo deste ponto de vista, deve ficar sujeito na mesma medida, que qualquer outra pessoa moral, (muito embora em acção regida por leis especiaes) aos principios postos pelos artigos 1382 a 1386 do codigo civil.¹⁶⁹

Entende, que os casos de desvio da jurisprudencia franceza a este respeito vêm de se tomar em consideração o *fim* do acto ou serviço instituido no interesse geral, em vez de se encarar a natureza dos

¹⁶⁸ Loc cit. O autor affirma que a jurisprudencia franceza admite a *distincção* supra dita, ainda que nao se mostre sempre correcta ou coherente na verificação das especies controversas.

¹⁶⁹ Loc. cit., p. 13.

mesmos; o primeiro desses criterios levaria a um resultado muito simples, mas inadmissivel: o de subtrahir ao direito privado todos os actos do Estado sem nenhuma excepção, inclusive os factos que se referem ao patrimonio privado do Estado, os quaes ninguem contesta serem todos elles, actos de pura gestão. E' preciso, pois, distinguir os actos do Estado, tendo cuidadosamente em vista a sua natureza, a dizer: considerar os actos de poder publico, i.e., aquelles, em que o Estado invoca os direitos de soberania que lhe pertencem,— *como inteiramente fora da esphera do direito privado*, e somente sujeitos aos principios do direito publico;—e pelo contrario, os simples actos de gestão, mesmo quando efectuados num fim de interesse geral, mas em que o Estado não invoca a sua soberania, deverão ser considerados, em principio, do dominio exclusivo do direito privado.¹⁷⁰ Especificando, a titulo de exemplo, esses diversos factos, o autor os explica da maneira seguinte:

Quand l'Etat exerce une industrie monopolisée (postes, télégraphes, téléphones, tabacs, allumettes, etc), les actes par lesquels il établit et défend son monopole sont des actes d'autorité; il ne s'ensuit pas que les actes de fabrication, de transport ou de vente qui constituent l'exercice même de l'industrie, présentent le même caractère. De même l'Etat fait au plus haut degré acte de puissance publique quand il recrute l'armée pour la defense du pays, quand il l'exerce, quand il conduit des operations de guerre; il ne resulte pas de là que tous les actes de l'administration militaire soient des actes de puissance publique. Un ordre donné par le ministre de la guerre n'a point le même caractère juridique que Tacte du cavalier, qui, en transmettant cet ordre, renverse un passant sur la voie publique; si l'ordre donné a cause un prejudice, les conséquences en doivent être appréciées d'après le droit public, mais le cavalier ne circulait pas sur la voie publique en vertu d'un droit de souveraineté qui appartient à l'Etat; il y circulait comme aurait pu le faire n'importe quel particulier; son acte appartient au droit prive. Même distinction pour toutes les autres administrations; l'incorpora - tion d'un marin dans la flotte n'a point le même caractère que l'acte du pilote, dont la négligence occasionne l'abordage d'un bâtiment par un navire de l'Etat; la poursuite d'une contravention forestière

¹⁷⁰ Loc. cit., p. 15.

n'a point le même caractere que la marque des bois en vue d'une coupe á effectuer. Quand l'Etat organise une exposition universelle, il fait acte d'autorité en expropriant, s'il y a lieu, les terrains nécessaires, en distribuant des recompenses, en prenant des mesures de police nécessaires pour le maintien du bon ordre; mais il fait acte de gestion en recevant en dépôt les marchandises exposées et en principe, il doit être responsable de ce dépôt com me un particulier.¹⁷¹

49 b. — Não ha duvida, reconhece Michoud, que as operações da administração são quasi sempre complexas, concorrendo ás vezes, numa mesma operação, elementos de gestão e elementos de autoridade; — mas pensa, que será sempre relativamente facil determinar á qual categoria pertence o acto, que tenha occasionado o damno. Na verificação da responsabilidade importa tambem vêr, si no caso se trata de um simples preposto ou de um dos órgãos do Estado; sendo, segundo Michoud, de considerar, como revestidos desta ultima qualidade, todos os funcionarios investidos do direito de tomar decisões em nome do mesmo, em outros termos, todos os agentes autorizados á fazer em seu nome actos de administração, propriamente ditos;¹⁷² ao passo que os simples auxiliares, que o Estado emprega na gestão dos seus serviços, agentes de preparação ou execução de suas ordens, empregados de repartição, operarios de manufacturas, agentes de correios e telegraphos, etc, etc. não são mais, do que *propostos* do Estado. Desta distincção decorre, que, com relação aos actos dos primeiros, o Estado deve responder, como si foram actos seus, *directos* ou *proprios*, conseguintemente, sujeitos ao artigo 1382 do codigo civil (francez); enquanto que, com relação aos dos

¹⁷¹ Loc. cit., n. 27, p. 15-16.

¹⁷² Michoud diz, que o Estado tem por órgãos, não só, as Camaras Legislativas (que em certos casos tambem fazem actos de gestão) e o Chefe d'Estado, mas ainda, os ministros, prefeitos, sub-prefeitos, assim como todos os funcionarios investidos do poder de decisão propria sobre materias especiaes. Loc. cit., p. 18.—Em outra parte se dirá o que outros pretendem com essa distincção entre *órgãos* e *empregados* ou *propostos* do Estado.

segundos, a sua responsabilidade deverá ser regulada nos termos do artigo 1384 do mesmo código.¹⁷³

Si porventura tratar-se , não, de um *delicto* ou *quasi delicto*, mas de culpa contractual, o Estado será responsável da referida culpa segundo as regras particulares do contracto, que á ella tenha dado lugar¹⁷⁴; cumprindo ainda não omitir, neste ponto, que, em se tratando de acto praticado pelos *orgãos* do Estado, não é condição, quanto á responsabilidade deste, que o funcionario tenha agido conforme á sua função (*reste fidèle a l'esprit de sa fonction*); o Estado será responsável, como uma pessoa moral ordinaria, mesmo pelas culpas graves, (*des fautes lourdes*), pelo dolo, ou delicto propriamente dito,—desde que se tratar *materialmente* de actos que caibam no circulo da sua função. E, ao contrario, em se tratando da culpa de *prepostos* do Estado, para que se verifique a responsabilidade do mesmo, será preciso, que se tenha dado o concurso de todas as condições, que, em direito *commum*, são necessarias para fundar a responsabilidade do committente.¹⁷⁵

49 c.— Occupando-se , em particular, da responsabilidade do Estado em razão dos *actos de autoridade*, Michoud opina que se deve começar por distinguir o damno causado sem culpa, do damno resultante da culpa do agente. Os actos de autoridade tem, quasi sempre, como consequencia, impor aos particulares, em bem do interesse geral, certos obices, exigencias, restricções (*des gênes, des entraves, des restrictions*) á sua liberdade de acção, e, muitas vezes, uma diminuição do producto util, que elles podiam auferir da sua propriedade; mas, nem por isto, devem elles (as desapropriações e os danos resultantes das obras publicas, por exemplo) ser considerados, como incluídos na noção geral dos quasi - delictos.

¹⁷³ Conforme Michoud, são igualmente applicaveis ao Estado as disposições do artigo 1385 - 86 do código civil citado.

¹⁷⁴ Michoud, loc. cit., p. 18.

¹⁷⁵ Ibidem, e p. 22-23.

O Estado, como o individuo particular, mas, com frequencia maior do que este, por ter direitos mais extensos, pode causar um damno sem sahir do seu direito, e por conseguinte, sem commetter uma culpa: *neminem laedit qui suo jure utitur*. Como se sabe, lembra o autor, o legislador não commette culpa, no sentido juridico da palavra, porque o seu direito é sem limites na ordem constitucional ou legal; consequentemente, a sua responsabilidade permanece sempre de ordem puramente moral, isto é, não pode jamais dar lugar á nenhuma condenação pecuniaria, nem contra o Estado, nem tão pouco, contra os individuos, que hajam participado da deliberação legislativa; do modo que, em presença de uma lei, arbitrariamente violadora dos interesses privados, diante de uma lei vexatoria, injusta (*une loi tracassière, injuste*), contraria aos principios de nosso direito, a Justiça não poderá apoiar-se na idéa de culpa do Estado para conceder uma indemnização ás victimas da lesão.¹⁷⁶ A questão da indemnização só pode ser levantada, ou como decorrente das proprias disposições da lei, ou, ao menos, como interpretação plausivel do pensamento do proprio legislador na medida legislativa adoptada.¹⁷⁷ Do mesmo modo o acto de governo é collocado numa região superior, distincta daquella, onde se move a acção administrativa, e inaccessible aos tribunaes da ordem administrativa ou judiciaria; elle não pode constituir uma culpa, empenhando, juridicamente, a responsabilidade pecuniaria do Estado. O governo só será responsavel perante as Camaras, ás quaes, somente, compete decidir das consequencias do acto, quer sob o ponto de vista da responsabilidade do Estado, quer sob outro qualquer.

¹⁷⁶ Loc. cit., n. 37, p. 253 sg.

O autor, neste particular, se põe no ponto de vista do direito constitucional da França; não desconhecendo, todavia, que ha Estados, como os Estados Unidos da America, em que se pode cogitar do damno proveniente de uma lei inconstitucional perante os tribunaes judiciais.—Loc. cit., n. 38, p. 254-255.

¹⁷⁷ Loc. cit., n. 39, p. 255.

Si a indemnisação se dêr, será *voluntaria* por parte do Estado; porquanto, dado que culpa houvesse, nenhum tribunal teria competencia para apreciar - a, e conseqüentemente, o resultado seria o mesmo, caso a culpa não existisse.¹⁷⁸ Com relação á autoridade administrativa, a questão da culpa, continua Michoud, só poderá ser posta em dous casos: primeiro, quando o acto administrativo, de que provém o damno, é ilegal, seja por excesso de poder da parte do seu autor, seja por que o seu cumprimento se deu sem as formalidades legais; segundo, quando o autor do acto, sem sahir da legalidade, faz, por dolo ou negligencia, máo uso dos poderes que lhe foram confiados. O primeiro caso corresponde á noção de culpa, tal como é admittida no direito privado; do segundo caso, parece, á primeira vista, que nada podia resultar, visto o autor não ultrapassar o seu direito. E', porém, de observar que, fora da culpa consistente no excesso de poder, ou na offensa consequente do alheio direito, a mesma se póde ainda dar, segundo o direito privado,—no faltar á uma obrigação convencional ou legal, a dizer: não só, ha culpa quando se sahe do seu direito, fazendo-se o que se não tinha direito de fazer, como tambem, quando se deixa de fazer o que se tinha a obrigação de fazer.¹⁷⁹

Nos actos do poder judiciario, se pode igualmente dar damno ao alheio direito, com culpa ou sem ella; lhes sendo respectivamente applicaveis as mesmas considerações precedentes. Ha, por exemplo, diz Michoud, culpa numa detenção ilegal, assim como, pelo menos theoricamente, numa detenção legal, mas feita sem *causa suficiente*, ou prolongada sem necessidade. Todavia, com relação á autoridade judiciaria, ocorre uma difficuldade particular na admissão da responsabilidade efectiva do Estado,—resultante do principio da *cousa julgada*. Este principio serve de obstaculo a que, sob a forma de acção de responsabilidade, se ponha em questão um facto, que não se pode fazel - o *directamente*, pedindo a reforma ou annullação da sentença. Existe,

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Loc. cit., n. 40, p. 257.

portanto, uma razão de inadmissibilidade (*une fin de non recevoir*) analoga á que existe quanto aos actos do poder legislativo, e a qual tem sido tambem admittida pela jurisprudencia acerca do poder governamental. E' que, na sua esphera, o poder judiciario é igualmente soberano e, *consequentemente, onde a sua soberania pode ser invocada, cessa toda a possibilidade de arguir uma culpa*. A responsabilidade do Estado, pois, só seria comprehensivel, tratando-se de sentença, contra a qual fosse possivel a via de recurso ordinario ou extraordinario, e como um accessorio dessa via de recurso.¹⁸⁰

49 d. — As considerações, que acabam de ser feitas, á conta de L. Michoud, concernentes á responsabilidade do Estado nos *actos de autoridade*, são apresentados por esse autor, collocando-se no ponto de vista do direito vigente da França, sob cuja sanção, ao menos em principio, se deve afirmar a *irresponsabilidade* do Estado.¹⁸¹ Collocado, porém, no ponto de vista mais largo da "*lex ferenda*", Michoud admite, que em certos casos, converia estabelecer, de maneira formal, a obrigação do Estado de "reparar as consequencias damnificantes das culpas dos seus agentes".

E examinando então, já em vista da jurisprudencia, já da opinião dos principaes autores,—quaes sejam os fundamentos allegados para constituir o Estado em responsabilidade pelos actos do *poder* ou *autoridade publica*, depois de apreciar-os ao sabor do seu criterio individual, concluirá apresentando os seguintes postulados:

1) A melhor garantia a dar aos cidadãos reside numa boa organização dos poderes publicos. Toda a questão de responsabilidade em

¹⁸⁰ Loc. cit., n. 41, p. 258.

¹⁸¹ Ibidem, n. 42, p. 259. O autor não desconhece, no entanto, e pelo contrario, menciona casos diversos, em que essa irresponsabilidade do Estado não se da, quer segundo os julgados da jurisprudencia, e quer em virtude de leis expressas. Loc. cit., p. 259 seg., e 274 seg.

rasão dos actos do Estado se reduz a fazer julgar por um funcionario os actos de um outro funcionario; e de nada vale proclamar o principio da responsabilidade, si os incumbidos de applical - a forem tão suspeitos de abuso do poder, como aquelles, aos quaes tem de julgar. E' preciso não exagerar a idéa e as consequencias da responsabilidade...Mesmo, onde é de admittil - a, não se deve crer que o mais efficaz para a protecção dos direitos privados seja a responsabilidade do Estado. A do funcionario é, por si mesma, importante, uma vez que não conduz somente á reparação, mas tem ainda um effeito preventivo: sob as formas diversas que reveste, de responsabilidade hierarchica, responsabilidade civil, responsabilidade penal, ella constitue uma garantia de boa administração, que é fundamental, e que importa não deixar enfraquecer. Esta garantia se enervaria, entretanto, caso se substituísse, sem discernimento, a responsabilidade civil do funcionario pela do Estado...O meio de chegar ao resultado almejado seria, pois, declarar, como regra,—que *a responsabilidade do Estado, em materia de actos de poder publico, não será jamais, senão subsidiaria, e que o funcionario será sempre chamado a responder em primeiro logar.*¹⁸²

2) As culpas, consistentes apenas em imprudencias, negligencia ou omissões, que constituindo um uso inconsiderado do poder, todavia, não ultrapassam este poder, nem contém uma illegalidade, por exemplo, a culpa de um prefeito, por não haver tomado medidas bastantes de precaução para proteger efficazmente a ordem publica, ou por ter imposto num regulamento aos particulares obrigações inutilmente vexatorias, mas não illegaes,— não dão direito á nenhuma indemnisação pecuniaria, nem contra o Estado, nem contra o funcionario. Ellas devem ficar á apreciação exclusiva do superior hierarchico do funcionario. O principio contrario podia fazer multiplicar indefinidamente o numero de acções baseadas em motivos semelhantes,—com prejuizo manifesto do

¹⁸² Michoud, loc. cit., p. 260-279.

proprio interesse geral, diminuindo o espirito de iniciativa do funcionario, e em muitos casos, tornando a acção administrativa incapaz de corresponder aos seus fins. Encarada a questão pelo lado dos poderes proprios da administração,—entregar, por ventura, ao poder judiciario o conhecimento e a apreciação de casos desta ordem, seria transformar o poder judiciario em “*poder politico irresponsavel*”, com grande detrimento da boa administração da justiça e da liberdade de acção, indispensavel á boa manutenção da causa publica. Só uma excepção será admissível:— para o caso, em que o funcionario, sob o pretexto do exercicio normal do seu poder, se tornar culpado de dolo.¹⁸³

3) Mesmo dado, que o funcionario exceda o seu poder, tratando-se de culpas leves, excusaveis, não deve ter logar a responsabilidade. Ainda que aqui não se cogite de uma simples questão de prudencia ou de oportunidade, mas de uma questão de *legalidade*, as considerações precedentes lhe podem ser applicaveis. Não é sempre facil conhecer exactamente a es tensão dos direitos de poder publico que pertencem ao Estado; a administração e a justiça se podem mesmo enganar de inteira boa fé sobre a materia; e si é certo, que erro semelhante é sempre uma culpa, cumpre tambem reconhecer, que não seria de equidade, nem conforme ao interesse geral,—tratar essa culpa, como a do simples particular, que administra os proprios negocios. O juiz, cuja sentença é susceptivel de ser annullada pela Côrte de Cassação, o administrador, cujo acto pode ser objecto de um recurso, e por este meio ser provido pelo Conselho de Estado, não devem, só por isto, ser declarados pecuniariamente responsaveis das consequencias damnificantes dos seus actos; e é de interesse geral, que em casos taes, o Estado tambem não contraia obrigação alguma de reparação. São erros ou riscos inseparaveis da organização social. Apenas, nos casos excepcionaes de *dolo* ou *culpa lata*, deve o funcionario responder, e

¹⁸³ Loc.cit.

tambem o Estado, *subsidiariamente*. Esta responsabilidade subsidiaria do Estado não se funda em culpa do mesmo,— o que parece pouco justificavel, mas na “*razão da obediência*” que o Estado crêa para os particulares em relação as ordens do funcionario: é sem duvida de equidade, que aquelle responda pelos damnos, provenientes da prestação dessa obediência. Si o interesse geral se oppõe, que a responsabilidade do Estado se dê em todos os casos, elle deve assumil - a, ao menos, nos mais graves. Com effeito, é util que a autoridade seja obedecida sem resistencia, e esta obediencia será tanto mais facilmente prestada, quanto os particulares souberem, que a mesma não lhes causará prejuizo maior, do que o permittido na lei; do contrario, seriam levados a resistir, pelo menos, nos casos, em que a sua resistencia lhes desse esperança de ser considerada legal. Na hypothese, pois, o interesse social e a equidade se acham de accôrdo, em admittir o principio da indemnisação; sendo esta prestada pelo funcionario, e dada a insolvabilidade deste,— elo proprio Estado. Esta doutrina terá a mesma applicação, quer se trate do poder judiciario, quer do poder administrativo. O Estado ordena obediencia, tanto aos funcionarios de um, como aos de outro poder;— não havendo razão de distinguir, desde que a responsabilidade não se funda, nem sobre a idéa da *prepositura*, nem de *mandato* dado ao funcionario.¹⁸⁴

4) No que concerne ás omissões, o principio não se applica em todos os casos, mas somente, ás hypotheses, em que a omissão, constitutiva da culpa, equivale á uma ordem tacita, á que se deve obedecer; tal é a hypothese de um encarceramento, illegalmente prolongado, e muitos outros semelhantes.

Muitas vezes a execução de um acto por um individuo particular é subordinada á certas formalidades,— que exigem o concurso de um funcionario administrativo; a recusa desse concurso, por parte do funcionario, equivale á uma prohibição; si esta recusa é illegal, a acção

¹⁸⁴ Ibidem.

de responsabilidade será tanto mais necessaria, quanto o particular, que por ella é prejudicado, não tem acto algum a combater, e, por conseguinte, só lhe restaria o recurso da acção referida. Supponha-se por exemplo que o Prefeito se recusa a mandar proceder a um alinhamento da viação publica ou a receber a declaração da abertura de uma escola...São recusas illegaes, tendo por effeito impedir, que se *construa* em determinado sitio, e que se abra uma escola livre; ellas equivalem, embora não se apresentem sob a forma de actos positivos, mas na de simples omissões passivas, á verdadeiras prohibições; consequentemente, lhes é inteiramente applicavel a theoria precedente. Em contrario, esta não deve ser applicada ás simples negligencias dos funcçionarios, quando d'ahi não resultar nenhuma prohibição ou obrigação aos particulares. O damno, porventura, causado por taes negligencias, não dá logar á indemnisação alguma.¹⁸⁵

5) Alem da responsabilidade geral do Estado, *qual* fica declarada, se pode ainda admittir - a de modo excepcional, em certos casos particulares. Ella terá logar, quando, embora se trate de culpa leve do funcçionario, o *damno* resultante fôr de character vexatorio: por exemplo, no caso de uma detenção illegal, ou de um *arresto* sem causa fundada. Em casos taes, é de admittir a responsabilidade do Estado, não pela gravidade da culpa, mas pela gravidade do prejuizo. Si bem que se possa considerar a culpa leve do funcçionario, como *risco social*, é, todavia, de ajuntar a condição: comtanto que esse *risco* não seja demasiado grave, ou que não tenha a consequencia de impor a um só individuo — sacrificios por demais directos e consideraveis. A verificação da responsabilidade nestes casos devia ser regulada por principios analogos áquelles, em que o Estado se declara responsavel por danos

¹⁸⁵ Ibidem, p. 284.

causados sem culpa; mas sem perder o seu caracter de excepcional,—por não haver vantagem em multiplicar as suas hypotheses.¹⁸⁶

— Tal é, nas suas grandes linhas, como elle proprio o diz, a doutrina que Michoud desejaria ver consagrada no direito positivo. Declarou haver deixado fora do seu trabalho o estudo das indemnisações, que podem ser devidas pelo Estado, em razão de danos causados no “*exercido regular*” do poder publico, sem que se possa imputar culpa aos seus agentes; porque semelhante responsabilidade, tendo um caracter distincto, deve ser regulada por principios inteiramente diferentes.¹⁸⁷

50. — Ainda, como partidario igualmente convencido da verdade da “*theoria mixta*”, não devemos deixar de mencionar Henri Bailby, o qual, expondo-a e apreciando-a nos seus elementos conhecidos, não duvidara affirmar a seguinte conclusão:

En notre matière, la distinction entre les actes de gestion et les actes de puissance publique EST ET DOIT RESTER FONDAMENTALE: *suivant que l'Etat commande aux particuliers, ou se place avec eux sur un pied d'égalité juridique, le rapport de droit qui peut naître entre l'Etat et les particuliers, à l'occasion d'un dommage éprouvé par ces derniers, est d'une NATURE ESSENTIELLEMENT* differente.¹⁸⁸

A responsabilidade incumbente ao Estado pode, segundo a sua origem ou causa, resultar: 1) de uma culpa imputavel ao Estado; 2) da

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ Ob. cit., t. III, n. 5, p. 407.

¹⁸⁸ Henri Bailby, *De la Responsabilité de l'Etat envers les particuliers*, p. 205.—Paris, 1901.

Pretendendo encerrar o presente titulo com as opiniões deste autor, cumpre indicar aqui, como trabalhos dignos de ser lidos, sobre a theoria da *distincção dos actos do Estado*, os seguintes: Luigi Bellavite, *Della responsabilità dello Stato*,—Verona-Padova, 1884;—P. Orivellé, *De la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion*,—Paris, 1901.

obrigação do Estado de suportar um risco ; 3) de um facto lesivo, mas não culposo, do Estado (*fait dommageable non fautif de l'Etat*).¹⁸⁹

Para verificar, si a pessoa Estado é capaz de culpa, o autor examina, em seus argumentos principais, as diferentes theorias da pessoa juridica, e depois de tambem emittir a sua opinião individual sobre o valor relativo de cada uma dellas, chegara á conclusão, de que o acto do órgão ou representante da pessoa moral, na esphera da sua competencia, é acto della propria; “despindo-se o individuo - agente da sua personalidade, para deixar apparecer somente a do ente colectivo nas suas relações com os terceiros”.¹⁹⁰ Consequentemente:

Tant que la volonté de l'être moral, SPÉCIALEMENT L' ETAT, se determine en vue du but, des intérêts pour lesquels il a été constitué, c'est' - a - dire tant que les organes ou representante agissent dans l'exercice de leurs fonctions, c'est l'être moral qui doit être réputé agir ET DOIT ÊTRE DECLARE RESPONSABLE, s'il y a lieu.¹⁹¹

Explicando ou justificando a obrigação, que deve caber ao Estado, de suportar um risco, o citado autor lembra o principio de equidade, geralmente acceito como justo, que o Estado repare o damno soffrido por um particular, para o fim de manter entre os seus membros a igualdade na contribuição dos encargos da collectividade. Ora, diz elle, si o Estado tem por função assegurar, na gestão dos interesses communs, a igualdade entre os individuos, o mesmo satisfaz apenas á uma das suas obrigações, respondendo por certos riscos; por conseguinte, trata-se de uma responsabilidade, inherente ao proprio fim do Estado.¹⁹² E, em seguida, acrescenta:

Et quelle que soit la conception juridique que l'on fasse de ce dernier; qu'on voie dans l'Etat une personne fictive, une

¹⁸⁹ Ob. cit., p. 21 seg.—O autor declara, fora do seu presente estado, a responsabilidade proveniente de contracto.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 34.

¹⁹¹ Loc. cit., p. 35.

¹⁹² Ibidem.

personne purement réels, ou une personne résultant d'éléments réels et organisée par la loi, on qu'on rejette l'idée de personnalité de l'Etat, Von doit forcément, sous peine de nier la fonction même de l'Etat, admettre cette justification de principe de cette responsabilité fondée sur l'obligation de supporter un risque.¹⁹³

Finalmente, a responsabilidade do Estado, por um facto lesivo, mas não culposos, do Estado se dá, quando elle offende interesses individuaes, no intuito de satisfazer ao interesse colectivo. O Estado cumpre nisto a sua missão; não viola obrigação alguma, e, consequentemente, não se lhe pode imputar uma culpa. A justificação theorica desta responsabilidade assenta, como no caso do risco, no mesmo principio de igualdade dos particulares na contribuição dos encargos communs: "um damno soffrido por um particular, em vista de procurar uma vantagem á collectividade, deve ser reparado por esta ultima, isto é, pelo Estado".¹⁹⁴

50 a. — Na classificação dos actos, *entre actos de poder e actos de gestão*, Bailby adopta o mesmo criterio, geralmente admittido pelos partidarios do systema,— que a distincção pode ser feita, tomando por ponto de partida a natureza do poder ou direito, em virtude do qual o acto é efectuado.

L'Etat, dans ses rapports, avec les individus qui le composent, apparait avec deux caracteres differentes. Pour remplir sa mission, il lui est parfois nécessaire d'avoir un pouvoir supérieur á celui des individus, le droit de leur commander; de sorte que les droits individuels n'existent que sous la reserve du droit éminent de l'Etat qui vient les limiter. L'Etat a donc sur les particuliers une puissance légitimée par son but qui est de sauvegarder l'intérêt

¹⁹³ O autor explica com certo desenvolvimento a sua *theoria do risco*, classificando-o nas especies, de *riscos reaes* (quando apparecem pela simples *constatação dos factos*, isto é, resultantes do *facto de um terceiro* ou do *facto de uma cousa*) e de *riscos de direito*; subdividindo estes ultimos em *risco industrial* ou *profissional*, e em *risco administrativo*. —Vide: loc. cit., ps. 106-126, 173-180. Tambem trata o autor da distincção conveniente dos representantes do Estado nas categorias de órgãos e prepostos, ao que teremos occasiao de referir-nos em outras partes deste trabalho.—Ibidem, p. 37-49.

¹⁹⁴ Loc. cit.

collectif, et les actes qui en sont l'exercice sont ceux de puissance publique. Mais, si pour l'accomplissement de sa fonction, l'Etat n'a pas besoin de recourir á ce pouvoir supérieur, il n'a plus qu'un pouvoir égal á celui des particuliers, ses droits sont semblables á ceux de ces derniers. Il est alors assimilé á une personne morale de droit privé ; on peut le considérer - comme une société plus importante que toutes les autres, il est vrai, et qui, pour ce motif, bénéficiera parfois de régies spéciales lui conférant des privilèges; mais un privilège implique simplement qu'un droit est préférable á un autre, et non qu'il lui est supérieur. En tant que personne morale de droit privé l'Etat conserve, diminue ou augmente son patrimoine, il le gère; aussi les actes juridiques qu'il accomplit dans ce but sont - ils appelés actes de gestion.¹⁹⁵

O autor procura demonstrar, pela indicação dos factos, a razão procedente da sua doutrina; não negando, todavia, a grande dificuldade, que ha, "quando se trata de determinar, quaes sejam os actos de poder - publico, e quaes os de gestão..."¹⁹⁶

Quanto ao direito, que deve regular a responsabilidade proveniente dos actos de gestão, se oferecem tres theorias principaes: a primeira, sustentando que lhe são applicaveis, regras especiaes do direito publico; a segunda, que dita responsabilidade resulta dos principios de justiça e equidade, semelhantes aos em que se inspiraram os redactores do codigo civil, notadamente, dos artigos de 1382 e seguintes; a terceira, finalmente, sustentando que, não havendo na execução dos actos de gestão, uma situação juridica diferente das pessoas moraes do direito privado, a responsabilidade, porventura resultante, deve ser apurada segundo as regras deste ultimo direito.

E' esta a theoria preferida pelo autor, o qual, porém, observa, que o Estado não pode ser obrigado a reparar um damno soffrido pelos individuos, senão, em dous casos: ou, si causando o damno, commetteu uma culpa; ou si o damno sendo causado por uma cousa ou por um

¹⁹⁵ Loc. cit., p. 51 seg.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 50.

terceiro, isto é, constituindo um risco, o Estado tinha entretanto a obrigação de suportar - o. Em outras palavras, tratando-se de actos de gestão, a culpa e a obrigação de suportar um risco são os dous fundamentos da responsabilidade do Estado.¹⁹⁷

50 b. — Na analyse feita destes dous fundamentos, Bailby deixa vêr claramente, que o fundamento da culpa, ainda que consagrado na tradição e no direito positivo, se mostra, cada dia, menos capaz de corresponder às exigencias da pratica; por isso pensa, que melhor fora preferir o fundamento do risco, na accepção que se lhe deve dar, nos diferentes casos. Eis como elle expressa as suas conclusões neste particular:

Notre droit positif fonde la responsabilité de l'Etat sur une faute subjective, tantot réelle et très souvent présumée; il est fait cependant exception, lorsque l'Etat exploite une industrie e joue le role de patron; la loi du 9 avril 1898 le rend alors responsable du risque professionnel. Le législateur devrait, il nous semble, admettre d'une façon générale la notion de risque.

D'abord, pour les domroages causes par le fait des choses que l'on a sous sa garde, il est inexact de dire qu'on a commis la faute de n'avoir pas apporté une plus grande surveillance ou pris des précautions plus minutieuses; cette faute subjective, il est vrai, n'a pas besoin d'être démontrée, elle est présumée: tel est le sens de l'art. 1384 - 1° du code civil. Pourquoi recourir ainsi à des présomptions plus ou moins fictives? Peut - être, dans une periode d'évolution juridique où les véritables notions n'é - taient pas encore dégagées, ces présomptions ont - elles été utiles pour concilier les principes admis avec les exigences de la pratique; mais, dès que s'est révélée l'idée nouvelle a consacrer, il faut se débarrasser des présomptions et des fictions. Or, pour la responsabilité resultant du fait des choses, il s' est produit une evolution remarquable dont les phases ont été marquées parla jurisprudence. L'Etat a sous sa garde des machines, des armes, des substances explosibles, des ouvrages, des immeubles, etc.; ces choses ont les vices inherents à leur nature. Par le fait seul qu'il a la maitrise de ces choses, qu'il les manoeuvre ou les surveille, s'en sert et en retire un profit, c'est à lui de supporter les conséquences des dommages qu'elles causent plutôt qu'aux

¹⁹⁷ Loc. cit., p. 85 sg.

particuliers qui subissent ces dommages. Qui a le profit habituel d'une chose, doit réparer les accidents qu'elle cause parfois. Telle est l'équité; tel doit être le droit.

Quand les dommages causés aux particuliers sont dus, non plus au fait des choses, mais au fait de l'Etat, faut-il aussi adopter la notion du risque?...

Aqui o autor, antes de responder, lembra a distinção, que é preciso guardar, nos actos da administração pública, entre os factos de culpa grave (*de une faute lourde*), consequentemente, da responsabilidade pessoal exclusiva do agente, e os factos provenientes de culpas leves, isto é, "*factos do serviço*" e portanto, da responsabilidade do Estado; e feito o que, prosegue:

Mais, ces imprudences, ces négligences, commises dans les actes de gestion sont - elles le résultat d'une volonté bien consciente? Constituent - elles réellement une faute subjective ? Au premier abord, on est porté à répondre affirmativement, parce que c'est la notion traditionnelle; jusqu'à ces dernières années, en dehors des contrats, l'on ne voyait guère de fondement de la responsabilité que dans une faute subjective. Cependant le développement des entreprises modernes, les conditions nouvelles de la vie, la complexité croissante de l'administration de l'Etat ont montré l'insuffisance de la notion de faute. Sans doute, en apparence, il y a bien fait de l'Etat, faute légère; mais le progrès a consisté à pousser plus avant l'analyse, à découvrir la réalité: la cause véritable du dommage est dans les difficultés, les nécessités des services publics, dans les conditions forcément imparfaites de leur organisation et de leur fonction - nement. C'est la notion plus large et plus pratique *du risque administratif*, qu'il faut substituer à la responsabilité délictuelle consacrée par l'art. 1382 du code civil. Et il sera juste de faire supporter par l'Etat ce risque administratif, parce que les dommages ou accidents qui constituent ce dernier, sont la conséquence à peu près inévitable de la gestion des services publics, or ceux - ci sont établis dans l'intérêt de tous les administrés qui en ont le profit. N'est - il pas juste que les dommages soient supportés par la collectivité, c'est - à - dire par l'Etat, plutôt que par les seuls particuliers qui en sont victimes?¹⁹⁸

¹⁹⁸ Loc. cit., p. 205-208.

50 c. — Com relação aos actos de poder publico, o autor assignala igualmente que, segundo textos numerosos do direito publico, o Estado é, em principio, irresponsavel pelos damnos causados aos particulares no exercicio desse poder; mas, isto não obstante, a responsabilidade do Estado tem sido, com toda razão, reconhecida em casos diversos; podendo a mesma ter origem, tanto na *culpa* e no *risco*, como em actos *não culposos* do Estado. O Estado, diz elle, não deve jamais perder de vista, que elle não existe, senão, para proteger os direitos individuaes e satisfazer as necessidades communs a todos os membros da nação; o poder publico não lhe fora dado, senão, como meio de realizar este seu fim. O Estado tem, pois, duas cousas a conciliar: de uma parte, a necessidade de manter a autoridade de suas ordens e de executar as suas funcções; de outra parte, o respeito aos direitos dos particulares. Não deverá, portanto, sacrificar os interesses individuaes, senão, quando for necessario á salvaguarda da sua autoridade e á realização do interesse colectivo.¹⁹⁹

Segundo parece ao autor, cabem, a esse respeito, as seguintes explicações:

Pour les dommages causes par l'Etat aux particuliers et qui resultent de fautes lègères ou faits de service commis par ses agents dans l'exercice de la puissance publique, le principe de l'irresponsabilité de l'Etat n'a dans notre droit positif, que fort peu d'exceptions, car, dans ces cas, ce qui apparait surtout, c'est la necessite d'assurer le maintien de l'autorité et sa libre intervention. Et nous pouvons répéter ce que nous disions au sujet des actes de gestion: l'Etat n'a pas une volonté bien consciente de commettre les imprudences ou les erreurs constitutives des fautes lègères; elles resultent plutôt des difficultés de la fonction, des imperfections inhérentes au service public; voilà la cause véritable de ces dommages qui, en réalité, sont donc des accidents, des risques. Si ces accidents placent les particuliers qui en sont victimes dans une inégalité manifeste vis - à - vis des autres membres de l'Etat, n'est - il pas possible, sans porter atteinte á l'autorité de l'Etat, de rendre

¹⁹⁹ Loc. cit., p. 209.

celui - ci responsable? Quand, dans l'accomplissement de ses fonctions judiciaires, il lui arrive de commettre des erreurs d'une gravité particulière, la loi du 8 juin 1895 l'oblige à réparer le préjudice qu'elles ont causé, met à sa charge ce risque judiciaire. Pour - quoi, lorsque l'Etat exerce des fonctions administratives, ne serait - il pas de même responsable des dommages que causent à des administrés des erreurs évidentes ou des faits qui denotent une défectuosité grave du service public ? Comme le service de la justice, les services administratifs ne fonctionnent - ils pas dans l'intérêt de tous ? S'ils occasionnent un préjudice spécialement important à des particuliers, n'est - il pas juste que la collectivité le répare ? Nous le pensons ; aussi émettons - nous le vœu que le législateur mette à la charge de l'Etat un certain risque administratif, comme il l'a fait pour le risque judiciaire. Dans l'exercice de la puissance publique, l'Etat est surtout responsable à raison de ses faits dommageables non fautifs ; en effet, ici il lui sera possible la plupart du temps d'accomplir sa mission sans faire supporter aux particuliers dont il est obligé de léser les droits, un dommage définitif. C'est en vertu d'une loi qu'en principe l'Etat peut causer ces dommages aux particuliers, et c'est la loi qui déterminera les cas dans lesquels l'indemnité sera due. L'Etat exerçant le pouvoir législatif crée l'obligation à laquelle il devra se soumettre quand il sera pouvoir exécutif. Mais, nous le savons, l'Etat, pouvoir législatif, n'est pas omnipotent ; le droit objectif résultant de la nature de la société vient lui tracer sa règle de conduite. Autrement dit, le législateur a des obligations morales auxquelles il doit se conformer ; il devra respecter autant que possible les droits individuels et, sauf le cas de nécessité sociale ou de force majeure, ne pas faire supporter, sans compensation, à quelques - uns une charge destinée à profiter à tous. L'obligation morale de l'Etat de réparer les dommages, qu'en vue de l'intérêt collectif il est obligé de causer aux particuliers, apparaît dans certains cas avec évidence. C'est un principe que l'Etat n'a pas le droit de se faire céder la propriété des particuliers, sans les indemniser : le respect du droit de propriété est essentiel au maintien de l'ordre social ; il s'impose à l'Etat lui - même, qui ne peut s'en affranchir sans dépasser le but qui est la limite de son existence et de ses droits. L'article 545 du code civil, nous l'avons vu, consacre ce principe.

Le motif de la responsabilité de l'Etat pour ses faits dommageables non fautifs (expropriation, privation de jouissance des propriétés, dommages causés à celles - ci) est toujours dans la même idée de justice ; dommages qu'un particulier éprouve dans l'intérêt de tous doivent être réparés par la collectivité. EN SOMME, SOIT DANS LES ACTES DE GESTION, SOIT DANS LES ACTES DE PUISSANCE

PUBLIQUE, NOUS VOYONS UN PRINCIPE DOMINANT JUSTIFICATIF DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ETAT. Des dommages sont causes a des particuliers; ils sont à peu près inévitables et pour ainsi dire, une condition sans laquelle l'Etat ne peut parvenir á protéger les droits individuels et á gérer les intérêts collectifs. Ils constituent une charge qui doit passer, en quelque sorte, en frais généraux de l'entreprise administrative; et cette charge doit être supportée par ceux qui profitent de cette entreprise et contribuent à ses dépenses générales, c'est - a - dire par tous les membres dela nation. Or ceux - ci sont representes par l'Etat. Chaque citoyen a un droit égal ala protection de l'Etat, aux avantages des services publics, comme une égale obligation de contribuer aux charges communes (égalité de droit, mais en fait proportionnelle á la capacite, à la situation et au patrimoine de chacun). Cette égalité juridique est inherente à la nature et a la constitution mêmes de l'Etat. Il est conforme aux idées de justice et de solidarité sociales d'en assurer le maintien: c'est vers ce but que tend la responsabilité de l'Etat envers les particuliers.²⁰⁰

— Nos trechos que ficam transcriptos, e aos quaes dêmos, propositalmente, uma certa extensão, se contém em resumo as conclusões da doutrina professada por Bailby, e dos mesmos se vê que o autor, embora partidario da theoria da “distincção dos actos”, todavia, delimita portal modo o campo da irresponsabilidade do Estado pelos *actos de poder publico*, que, talvez, melhor lhe coubesse o qualificativo de partidario da *responsabilidade geral do Estado*, ainda que admittidas excepções diversas, as quaes, não seria preciso dizer, são de rigor em qualquer systema, relativo á pessoa privilegiada do Estado...

²⁰⁰ Loc. cit., p. 209-212.

TITULO SEGUNDO.

CRITICA DOS SYSTEMAS

CAPITULO I

Da Irresponsabilidade

51. — Não é muita a materia que, em sustentação da theoria da irresponsabilidade do Estado, se nos offerece, como merecedora de uma critica mais demorada.

Varios dos seus argumentos tem apenas um caracter negativo, queremos dizer, consistem em negar a admissibilidade ou procedencia dos fundamentos juridicos, em que mais geralmente se apoiam os que do lado opposto reconhecem a *responsabilidade geral* do Estado pelos actos lesivos dos seus funcçionarios.

Os principaes argumentos, adduzidos pelos fautores da irresponsabilidade (p. 106), se podem talvez resumir nos seguintes :

1) O Estado é um *ente abstracto*, uma pessoa ficticia, e portanto, incapaz de ter actos seus, propriamente ditos; os actos são dos funcçionarios, pessoas physicas, dotadas de intelligencia e vontade propria; consequentemente, si elles no exercicio de seus cargos praticam actos lesivos, aos mesmos, e não ao Estado, incumbe a responsabilidade de reparar o damno feito.

2) O Estado, sendo, como se disse, uma pessoa moral ou ficticia, e incapaz de vontade, não póde jámais incorrer em *culpa*, elemento *essencial*, para que se dê a responsabilidade do damno contra o agente do mesmo.

3) O Estado não póde responder pelos actos, illegaes ou illicitos, dos funcçionarios; porque, nomeando - os para os cargos, não os

investiu do direito de agir contra o direito, e, pelo contrario, lhes impoz o dever de só agir *na conformidade com as disposições da lei e do direito*.

4) O Estado é o órgão do direito da collectividade social ou nação; é o poder tutelar, que obriga a todos os individuos a guardar a lei e o direito nas suas mutuas relações, quaesquer que sejam, como condição de justiça e do bem estar geral. Como, pois, deveria elle proprio sujeitasse á tutela juridica de outro poder ?¹

5) O Estado, considerado em sua analyse final, não tem, nem obrigações, nem direitos, propriamente seus; mas, real e verdadeiramente, os que tem, são dos individuos que compõem a collectividade social ou nação; o que elle faz, por meio de seus funcionarios, é para o bem ou utilidade geral dos individuos; logo, se dahi lhes sobrevier damno ou mal, os individuos devem supportal-o como condição inherente á organização social ou politica, de que fazem parte; consequentemente, não se vê porque teriam elles o direito de pedir uma reparação ao Estado.

6) Si fosse reconhecido ao individuo o direito de accionar o Estado pelos actos de seu governo ou da sua administração, isso tornaria a acção do Estado, não só, embaraçosa, vacillante, menos energica,— como tambem, accarretaria enorme encargo ao thesouro publico: não é justo exigir o imposto de todos os membros da conectividade, para applicar o seu producto em satisfazer os prejuizos particulares de alguns delles somente.

— São, não se nega, argumentos que envolvem mais de uma parcella de verdade; mas, certamente, improcedentes quanto á conclusão geral, á que pelos mesmos se pretende chegar.

¹ *Non lo può, senza contraddire ai suo stesso principio: "Num punitio et coactio non possunt procedere, nisi a voluntatibus divertis; itaque cogent et coactus requirunt distinctas personns, neque sufficiunt distincti respectus".—Mantellini, ob. cit., t. I, p. 34.*

51 a. — O ESTADO NÃO TEM ACTOS SEUS PROPRIOS. Não é exacto, que o Estado seja uma pessoa ficticia, uma simples abstracção,² e, por isto, incapaz de ter actos proprios, pelos quaes deva responder. Elle é uma pessoa juridica distincta, de existencia real, a qual exercita direitos e obrigações, activas e passivas, já em relação aos seus proprios funcionarios, já em relação á quaesquer outras pessoas de direito publico ou privado. O facto de se fazer *representar* por órgãos ou funcionarios nos differentes actos, que constituem a esphera da sua actividade, não importa ausencia de capacidade propria.

A pessoa physica tambem se faz representar, quando lhe *convem*, ou se *torna necessario*, por outras pessoas, physicas ou juridicas, na execução de varios actos; mas, sem que por isto, a pessoa do representado *desappareça totalmente* na pessoa do representante, segundo os verdadeiros principios da *representação* juridica.³ O que realmente resulta da representação é,— que o representado tem de responder pelos actos do representante, ou conforme á lei, ou em vista dos principios de justiça e equidade. E não é differente a regra, que se applica á pessoa juridica do Estado.

Si o argumento, que se invoca, prevalecesse, a consequencia não seria a isenção de responsabilidade por parte do Estado somente, mas a sua inutilidade manifesta, senão, a negação da propria existencia do Estado; porque, em verdade, o que é ficticio, é nada, isto é, carece de existencia apreciavel nas relações da vida real, commum ou social.⁴

51 b. — O ESTADO É INCAPAZ DE CULPA. O argumento tirado da falta de *culpa* tambem não tem procedencia. Antes de tudo, não é de todo o ponto verdadeiro, dizer que o Estado, como qualquer outra pessoa juridica, não é susceptivel de ter culpa. Ha a culpa ou responsabilidade

² Hic, p. 11 sg.

³ Hic, p. 19 sg.

⁴ Ibidem, p. 57 sg.

penal de um acto, e a culpa ou responsabilidade civil do mesmo. Si a primeira, com effeito, não pode caber ao Estado, segundo á sua natureza especifica,— nada repugna, entretanto, e antes a boa razão exige, que elle seja considerado, como *sujeito activo* da segunda. For isto mesmo que, em vista da sua natureza de pessoa juridica, elle age sempre por meio dos seus órgãos ou representantes (os funcionarios em geral) é de razão, é de irrecusavel justiça, que os actos destes sejam tidos, como actos do Estado; e, consequentemente, quando nelles se dér a *culpa*, esta lhe deve caber, como sujeito, que, efifectivamente, é dos direitos e obrigações, que se contém, ou resultam dos respectivos actos. A objecção, de que o Estado, como pessoa juridica, não tem *vontade* ou *acção propria*, não pode ser acceita, porque ella provaria demais. Si tiraes ao Estado a capacidade de querer e de fazer executar os actos da propria vontade, que lhe deixaes, como essencial aos fins da sua instituição? E como é, que se poderiam *legitimar*, ou *considerar* actos do Estado, as *convenções* ou *obrigações contractuaes*, e as *medidas de governo*, si o ente, do qual emanam, carece absolutamente de vontade? Por outro lado, como admittir que o Estado tenha uma vontade propria, para praticar actos *licitos* ou *legaes*, e, no entanto, seja incapaz della, para praticar actos, *illegaes* ou *illicitos*, quando uns e outros, elle os pratica “sempre” por meio de funcionarios, seus representantes ?!...

Não; é possível que, por uma razão de ordem metaphysica, se chegue ao conceito, de que o Estado é incapaz de toda culpa, mesmo a civil; mas na esphera real da ordem juridica, que é um todo de relações sociaes positivas, desde que elle apparece ahi, como sujeito certo, distincto, de direitos e obrigações, já não poderá escapar ás consequencias, que como tal, lhe incumbem. Assim como o Estado tem e exerce o poder, direitos, privilegios e vantagens, mediante a actividade de seus funcionarios, assim tambem, deve responder pela *culpa* e mais *actos prejudiciaes* destes, dentro de certas normas e limites, a menos que

os seus efeitos ou consequencias repugnem com os proprios fins do Estado.

A este respeito disse Michoud:— é preciso rejeitar sem hesitação o falso dogma, que serve de ponto de partida á toda essa theoria da incapacidade das pessoas moraes para commetter uma culpa. A solução a dar sobre este ponto depende em grande parte da maneira, pela qual se concebe a noção da personalidade moral...Semelhante theoria é uma consequencia (aliás perfeitamente evitavel) do systema, mais correntemente admittido, sobre a personalidade juridica,— considerando os seres moraes, como seres inteiramente artificiaes ou de pura criação legal.⁵

Não precisamos repetir, que semelhante concepção da pessoa juridica não é, nem pode ser acceita, por verdadeira; sendo, ao contrario, de consideal-a, um *ente* ou *sujeito real* de direitos,⁶ e como tal, capaz de *culpa civil*, ou responsavel pelos actos lesivos dos seus representantes; queremos dizer: ou se lhe reconheça uma *vontade natural*, como entende Gierke,⁷ ou uma vontade legal, como pretende Michoud,⁸ a pessoa juridica - Estado tem, como as demais, uma vontade propria, por cujos actos lícitos ou illicitos, contrahe a obrigação de responder. O *representante*, como muito bem disse este ultimo autor, se *despe* de uma parte da propria personalidade em proveito do *representado*; e portanto, é, com effeito, este, e não aquelle, que, em virtude dos actos do primeiro, se torna proprietario, credor, devedor, etc; a pessoa do representante, como que desaparece, para deixar somente figurar a do representado, nas suas relações com os terceiros.⁹

⁵ Michoud, *Revue du droit public*, cit. t. III, p. 414 sg.

⁶ Ibidem, p. 415 sg.; Hic, p. 11 sg. e 57 sg.

⁷ Gierke, *Die Genossenschaftstheorie*, p. 603 sg.

⁸ Michoud, loc. cit, p. 414-419 sg.

⁹ Com effeito, os juriconsultos do periodo classico deixaram escripto (*Ulpianus*):—Neque enim debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit; (*Neratius*): Neque alienas dolus

Depois, em se tratando da responsabilidade civil, não é correcto suppor que esta só se pode dar, como resultante da culpa no agente do damno.¹⁰ Por muito respeitável que seja a opinião do Jhering, o qual, com apoio nos textos do direito romano, não duvidara doutrinar—kein Uebel ohne Scluld, o facto é, que semelhante principio não poderia prevalecer, como regra da materia, sem o sacrificio flagrante da justiça em muitos casos.

Sustentamos, muito ao contrario, que a satisfação civil do damno se pode dar, mesmo quando se dê ausencia completa da culpa.

A responsabilidade do damno presuppõe: um *agente*, um acto *lesivo*, imputável ao agente, directa ou reflexivamente, e um sujeito passivo do acto. Si o sujeito activo do acto, praticando - o, se apartou da razão, ou do dever que lhe incumbia,—concorre no acto a figura juridica da culpa ou dolo, segundo as circumstancias do caso; e ahi se tem, não só, a *culpa subjectiva* caracterisada, como juntamente com ella, uma responsabilidade da mesma natureza. Mas, como se disse, esta

noceri alteri debet; (*Papinianus*): Non debet alteri per alter um iniqua conditio inferri. (Dig. liv. 39, tit. 1, 5, § 5; liv. 44, tit. 4, 11; liv. 50, tit. 17, 74, etc).

¹⁰ E', precisamente, na convicção desta verdade juridica, que dizemos no correr deste trabalho, pelos "*actos lesivos dos seus representantes*", e não, pelos actos *illegaes* ou *illicitos*.

Windscheid, se referindo a questão, disse: Com relação á pena, a responsabilidade da pessoa juridica é absolutamente inadmissivel (*tet unbedingt zu verneinen*); é contra a natureza da pena, que esta atinja a outrem que Dão o delinquente,—ainda que não falem na historia exemplos em contrario...Quanto, porém, á obrigação de satisfazer o damno dos delictos, não prevalece o mesmo principio; porquanto, considerado, que a pessoa juridica, só por meio de representantes, tem a possibilidade de agir em busca de seus fins, não é licito hesitar em reconhecer de justiça, que a pessoa juridica assuma as consequencias prejudiciaes dos seus actos, desde que ella tem igualmente os proventos dos mesmos (*dais die juristische Person die nachtheiligen Folgen dieser Handlungen auf sich nehme, wie sie den Vortheil von denselben hat*). Em direito romano, diz ainda este autor:—não ha disposição affirmativa desta responsabilidade; mas, tambem não ha ahi disposição expressa negando-a;—ao contrario, é geralmente reconhecido, que a *actio quod metus causa* (*actio in rem scripta*) fôra mesmo autorisada contra as municipalidades (Dig. I. IV, tit. IV, 9, § 1); alem de que, essa ausencia, porventura, verificada do direito romano, em nada impedira á que, na pratica, se tenha affirmado a responsabilidade civil, de maneira preponderante (*es hat rich aber für ihre Bejahung ewie überwiegende Praxis ausgesprochen*).—*Lehrbuch des Pandektenrechts* cit., § 59 e nota ibi.

responsabilidade *subjectiva* nem sempre depende da presença da culpa, para que possa existir; não de certo:— ella pode resultar, como alias se verifica frequentemente, de actos escoimados de toda culpa, tal por exemplo, quando o Estado ordena *desapropriações* por *utilidade publica*, ou quando faz executar outras medidas legais, (da saúde publica, da segurança geral, etc.) que, embora *lesivas* do alheio direito, não envolvem, todavia, culpa alguma da parte dos respectivos agentes. Logo não é licito dizer, que só se dá a responsabilidade do damno civil, havendo culpa no agente ...

Além disto, é de considerar, que não ha somente a responsabilidade, dita *subjectiva*; ha tambem a que se tem chamado responsabilidade *objectiva*, na qual é indifferente ter, ou não ter havido, uma vontade do agente, ou ser ella conforme, ou não, a razão, ou ao dever do mesmo.

O fundamento desta responsabilidade é facil de dizer. O patrimonio de cada um é, em si e por si somente, um direito perfeito, e como tal, reconhecido na justiça natural e no direito positivo. Portanto offendel-o, lesal - o de qualquer modo, é violar um preceito da justiça, um direito reconhecido; e como toda a violação de direito presuppõe a necessidade de uma reparação, se chega logicamente á conclusão, que, do simples acto da *lesão patrimonial*, resulta uma obrigação contra o seu agente, ou responsavel, a dizer, resulta a responsabilidade *objectiva* de indemnisa-la,— independentemente da questão preliminar da culpa (*in faciendo sive in omittendo*), que outros reputam condição *sempre essencial* da responsabilidade *subjectiva*.

Não é preciso accrescentar, que “responsabilidade civil” significa, tão somente, a obrigação de prestar uma reparação

pecuniaria,¹¹ que restabeleça a situação patrimonial anterior do lesado, isto é,— faça desaparecer a lesão sofrida por alguém no seu direito patrimonial; e por isso insistimos:— dada a lesão, se *deve suppor* a obrigação consequente da sua indemnização, salvo, si aquella se der por culpa do proprio lesado (*sibi imputet*). De modo que, sem contestar, que a *culpa subjectiva* seja razão juridica determinante da obrigação de prestar indemnização pelo damno causado; nem por isto, será menos certo, que semelhante obrigação póde tambem existir, supposta inteira ausencia de culpa no facto damnificante.

51 c. — O ESTADO NÃO AUTORISA ACTOS ILLICITOS OU ILLEGAES. A objecção, de que o Estado não dá poderes ou autorização ao funcionario para agir de modo contrario ao direito, e, portanto, não deve responder por actos que sejam illegaes,—fôra apresentada por Loening nestes termos:—E' indiscutível o principio juridico, de que a vontade do Estado consiste no preceito de que todos os funcionarios devem exercer as suas attribuições dentro das normas do direito. Como pode, pois, um acto contrario ao direito e, por conseguinte, em opposição directa com a suprema vontade do Estado,—ser considerado, como acto deste? O Estado prohiibe um acto, e não obstante, deve ser *seu* o acto prohibido!

Admittindo mesmo, continua Loening, que os actos dos funcionarios sejam actos do Estado, ainda assim, só se poderiam comprehender, como taes, os actos dos funcionarios, conformes á *vontade do Estado*, isto é, conformes a direito,— mas, não aquelles, *precisamente* prohibidos pelo Estado... A faculdade ou poder conferido pelo Estado não vae, nem póde ir, além dos limites da legalidade.¹²

¹¹ E', por a responsabilidade civil ter este caracter, que a pessoa juridica é tambem considerada susceptivel de pena, quando esta se reduz, por exemplo, a multas ou outras *imposições* de natureza simplesmente pecuniaria.

¹² Loening, ob. cit., p. 106-107.

Esta argumentação tem mais valor apparente, do que real; ella só encara a questão por uma das suas faces, aquella, que lhe é favoravel. Em resumo, o que nella se diz é: que o Estado, em vez de attender ao elemento juridico da *lesão de um direito*, feita em *seu* nome ou no exercicio da *sua* autoridade, se limita a crear-se a situação *privilegiada* de declarar, elle proprio,— quando quer, ou não, responder pelas consequencias dos seus differentes actos. Apresentando-se , *forçosamente, obrigadamente*, na ordem social e juridica, por meio dos seus funcçionarios, pessoas physicas, e por isto mesmo, capazes de erros, faltas e culpas, mais ou menos graves, o Estado não pôde *distinguir*, ao seu livre arbitrio, entre os actos ou funcções pertencentes ao serviço publico,— para, somente, considerar, como *seus*, os que lhe forem de agrado ou proveito, e repudiar os demais. Não; isto repugnaria aos principios elementares da justiça. Queremos dizer, não se compadece com o conceito fundamental da ordem juridica, aliás, *guardada e garantida* pelo Estado,— que nella seja admittdo um sujeito de direito, o qual, nas suas relações com os demais sujeitos, não responda, senão, pelos actos licitos, isto é, por aquelles, de que lhe advenham direitos ou vantagens. Solução semelhante viria mutilar, de modo inteiramente arbitrario, diz Michoud, a noção da personalidade moral; seria crear um privilegio, acceitando os beneficios obtidos em seu nome, e recusando-se a supportar os encargos dahi resultantes¹³...

51 d. — O ESTADO É ORGÃO E TUTOR DO DIREITO. A allegação de que haveria contradicção ou a impossibilidade de o Estado, *orgão tutelar* do direito na sociedade, ser, elle proprio, responsabilisado, como violador do direito dos individuos, que constituem a mesma sociedade,— significa apenas uma *recordação persistente* da velha doutrina sobre o conceito do Estado em outras epocas. Com effeito, não se ignora que o Estado antigo ou melhor dizendo, o soberano, em quem o

¹³ Michoud, loc. cit., p. 419; Ibidem, t. IV, p. 267 sg. Cf. Meucci, ob. citada; etc.

Estado outr'ora se personificava, era o definidor, senão, o *creador* do direito, e, consequentemente, como tal, era irresponsável.¹⁴ Mas, assim não é, nem pôde ser considerado, o moderno Estado de direito (*der Rechtsstaat*). Este se manifesta e age na ordem social, como um *sujeito de direito*, sem embargo dos grandes privilégios, de que goza, por força dos seus elevados fins; para conseguir taes fins, é elle obrigado, como os outros sujeitos de direitos, a guardar as disposições das leis e os principios da justiça. Consequentemente, si prevalecesse a pretensão inadmissível de que o Estado, *orgão tutelar dos direitos de todos*, se reserva, não obstante, a faculdade suprema de *violal-os* de maneira irresponsável; desrespeitados estariam os proprios principios do chamado Estado moderno. Além de tudo isto, cumpre tambem lembrar que, com a divisão dos poderes publicos,— qual se observa na organização do Estado constitucional, desaparecera a dificuldade, que se dava no Estado antigo, para apurar a responsabilidade do mesmo, a dizer,— a carencia de um poder ou ramo de poder distincto, ao qual competisse o conhecimento e decisão dos casos, de que resultasse offensa ou lesão aos direitos privados por actos do Estado.

Referindo-se a este ponto especial da objecção, feita por Mantellini, disse Provenzano Palazzo: Para que o particular possa exercitar uma acção judiciaria contra o Estado, que o damnifica com os seus actos, precisa que exista um poder judiciario e um poder legislativo, distinctos e independentes do poder que age; assim não sendo, o acto do Estado que lesa um direito privado e não presta indemnisação, é, ao mesmo tempo, um acto executivo, lei, e sentença; e dahi a impossibilidade de acção do particular, á falta de possibilidade do juizo.¹⁵ Era o que succedia em Roma, assim como em todos os Estados antigos, tanto nos reinos

¹⁴ Ulpianus dizia: "*Principis a legibus solutus est*" (Dig. I.I, tit. III, 31).—" *Quod principi placuit, legis habet vigorem.*" (Inst. I I, tit. II, § 6).

¹⁵ Palazzo, loc. cit., p. 11, sg.

despoticos, como nos Estados regidos pela liberdade; uma vez que tambem nestes ultimos a liberdade consistia no facto de os governados serem ao mesmo tempo governantes, e não, na divisão dos poderes, base das constituições modernas.¹⁶

O conceito, então formado do soberano, fosse elle um ente singular ou colectivo, era o de que a sua *vontade expressa* ou os *seus actos* significavam a propria lei, e, quando menos, que a lei não tinha força ou efficacia, senão, pela intervenção do soberano, o qual, *logicamente*, devia ser considerado irresponsavel.¹⁷

Não é preciso advertir, que muito outra e diversa, é a idéa da soberania, que ora alimenta o espirito das constituições dos povos modernos; bastaria notar com o citado Palazzo, que em todas ellas vem consagrada a regra fundamental da indemnisação da propriedade privada, quando a sua desapropriação se faz mister *por motivos de utilidade publica*, para, daqui, poder-se desde logo affirmar o *reconhecimento* do principio theorico, do qual se origina a propria responsabilidade civil do Estado.¹⁸

Demais, resultando da divisão dos poderes, que as diversas funções do Estado não derivam de um mesmo poder soberano, e que, consequentemente, um acto do Estado, porventura, lesivo de direitos privados, não é a emanação do poder, que deve *conhecer e julgar* dos efeitos juridicos do acto, nem do poder, que deve *declarar* o direito; patenteia-se , sem duvida, que, de taes circumstancias, nasce logo a possibilidade de, ao individuo lesado por um acto do Estado, caber o

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Donde o dizer de S. Thomaz: *Principis dicitur esse solutus a lege quantum ad vim coactivam legis...lex autem non habet vim coactivam nisi ex principis potestate. Sic igitur principis dicitur esse solutus a lege, quia nullus in ipsum potest iudicium condemnationis ferre, si contra legem agat. "Summa ", questio XCVI, art. 5; ap. Mantellini, loc. cit., p. 34, nota 2.*

¹⁸ Palazzo, loc. cit., p. 13.

direito de acção contra este e de promover-a perante a autoridade, segundo as formas, que a lei declarar legítimas ou competentes.¹⁹

51 e. — O ESTADO NÃO TEM FINS PROPRIOS. Diz-se que o Estado, bem analysados os seus fins, não tem *fins proprios*, e sim, dos individuos, que o constituem; e, portanto, si dos actos do Estado lhes vier um mal, devem suportal-o, como condição dos bens, que também recebem e gosam; mas, sem direito á nenhuma compensação ulterior.²⁰ Não procede o argumento. A responsabilidade, de que se trata, não vem tanto do fim, a que se propõe o ente, mas, sobretudo, do modo porque age na realização do fim. Concedido, que o Estado, como *organização necessaria*, não tem por fim, senão, o *bem geral* da collectividade,— não se segue dahi, que o seu poder deva ir até o de lesar, *irresponsavelmente*, os direitos dos individuos, que formam dita collectividade. Isto seria contradictorio com o proprio fim que se propõe; uma vez que, despojar aos individuos dos proprios direitos nunca fora meio, *legitimo* ou *acceitavel*, de felicitar a communhão, da qual são os mesmos, partes integrantes.

O exercicio e gozo dos direitos individuaes podem ser regulados, limitados pelo Estado; mas desconhecê-los, violá-los sem *reparação*, não é cousa admissivel: portanto, é forçoso haver um *modus vivendi*, em que o Estado e o individuo subsistam, operem, se encontrem, e até contendam, respeitando cada um delles os direitos reciprocos de parte á parte.

¹⁹ Ibidem, p. 33, sg.

²⁰ E' o que disse Mantellini neste trecho: "Contro il danno del mal governo non si dà riparo civile, non potendosi mutare l'associazione politica in associazione civile degli associati. Il fine dello Stato è la tutela dei diritti, è il benessere sociale; non quello di assienrare gli associati da ogni danno che possa venir loro dal fatto proprio, o da tenere incontro di fatto proprio dello Stato o degli agenti di lui, nell'esercizio delle funzioni a essi attribuite dalle leggi o dal regolamento".—Ob. cit., p. 60.

E, além do mais, cumpre attender,— que a obrigação de indemnizar a lesão do alheio direito não assenta neste ou naquelle fim, que se propõe o individuo, como já se disse; mas tem a sua razão de ser no proprio conceito e acção do ente juridico. Basta, diz Palazzo, que uma pessoa moral ou physica exista e opere, e que com a sua acção lese o direito de um particular, para que seja ella responsavel; prevalece o mesmo com relação ao Estado, a dizer: para que este incorra em responsabilidade, não se exige que o seu fim seja o de *assegurar* os associados de qualquer danino; basta que o Estado exista, como pessoa juridica, e que com o seu acto lése a um direito privado.²¹

A verdade desta doutrina dispensa maior desenvolvimento; ella se impõe pela sua simples enunciação.

51 f. — O ESTADO VER-SE-HIA EMBARAÇADO NA SUA ACÇÃO. Finalmente, tambem não procede o argumento, de que o direito de acção contra o Estado, exercido pelo particular, embaraçaria o funcionamento da autoridade publica, além de occasionar encargos enormes, e relativamente injustos, contra o Thesouro Publico.

Os direitos dos individuos na sociedade, ou melhor dizendo, no Estado, que outra cousa não é, senão, a propria sociedade organizada sob a sancção immediata do direito,— nada tem de incondicionaes ou illimitados; pelo contrario, o seu uzo, goso e exercicio, e a extensão destes, são determinados ou regulados pelas normas juridicas ou leis do proprio Estado; consequentemente, este, que as estabeleça da maneira mais conveniente, já no resalvar as *“exigencias supremas”* da sua instituição, e já no respeitar os direitos de cada um dos individuos, com os quaes terá necessariamente de encontrar-se e de cooperar no desempenho de seus multiplos fins. No Estado moderno, que é *Estado de direito*, a lei serve de regra commum á acção dos individuos e do Estado,

²¹ Palazzo, loc. cit., p. 34.

nas suas relações de constante reciprocidade em todo o espaço da vida social. E pois: si, estabelecidas as normas do direito pelo Estado, como reguladoras da sua acção ou necessarias aos seus grandes fins;— si, em vista destes, delimitados os direitos dos individuos segundo os casos previstos, o Estado agir, não obstante, de modo que lese os direitos dos individuos, a justiça reclama que lhes preste a devida indemnisação, salvas embora as excepções, que sejam de admittir á vista da especialidade dos actos. E esta obrigação, acrescentaremos desde já, tanto pode existir, em se tratando de actos illicitos ou praticados com culpas, como tambem, e com igual fundamento, em se tratando de actos revestidos de boa fé ou de inteira legalidade. Deste ponto em particular se dirá ainda em outros lugares do presente estudo.

Quanto aos encargos, por ventura cadentes sobre o Thesouro, estes nada tem de injusto. Ao contrario, o que não se coaduna com a idéa da justiça distributiva é, que o Estado, agindo em nome da communhão, possa exigir o sacrificio de um ou de alguns individuos, sem a menor reparação, afim de que todos os demais gosem dos serviços ou beneficios realizados pelo Estado por meio de semelhante sacrificio.

A enormidade do encargo tambem não é objecção procedente. Em primeiro lugar, jamais se pretendeu que o Estado respondesse incondicionalmente por todos e quaesquer prejuizos, que, de seus actos, advenham aos individuos; isto seria impossivel; trata-se somente da reparação de *taes* e *taes lesões*, segundo as normas do direito. Depois, como observa notavel escriptor,— si estas lesões se multiplicassem até ao ponto de constituir um embaraço funcional, ou encargo incomportavel á economia ordinaria do Estado, o facto denotava apenas, que este padecia de defeito organico ou administrativo, que cumpria remediar quanto antes, e, talvez, o caminho mais prompto de ahi chegar, fosse,

precisamente, este, de chamar o Estado á responsabilidade dos seus erros ou malversações frequentes, continuas e successivas...²²

52. — Agora, antes de encerrar o presente capitulo, importa repetir, que a irresponsabilidade, *incondicional, absoluta*, do Estado, a velha doutrina dos *regalistas*,²³ não é, nem poderá ser, um preceito do moderno direito, e menos ainda, uma regra de verdadeira justiça. Disto se mostram convencidos os proprios partidarios do systema, os quaes são os primeiros a abrir excepção para varios casos, mesmo, provenientes de actos illicitos, como já tivemos occasião de dizer (p. 120). Além disso, em se tratando, por exemplo, de danos resultantes da inexecução de obrigações convencionaes, ou de quaesquer outros actos, dos quaes *resulte lucro para o Estado*, a responsabilidade de indemnisação por parte deste é tida, não, como *excepção*, mas, como *regra* irrecusavel segundo os principios geraes do direito.

Com effeito, em relação aos casos, ditos de “enrichissement sans cause”, bastaria a simples idéa da justiça, para combater a irresponsabilidade do Estado.—*Lucrum ex delictis sperare, impium est*— (Cod. de reb. cred.);— *Ex quâ personâ quis lucrum capit, ejus factum praestare debet* (Dig. liv. 50, tit. 17, 149);— *Non debet quis lucrari ex alieno damno* (Ibidem, liv. 4º, tit. 3º, 28). Em relação aos danos provenientes da inexecução das obrigações contractuaes, muito embora não falte tambem, quem sustente ser direito do *mandans* ou *dominus*, não estar pelos actos do *mandatario* ou *preposto*, que haja procedido com dolo ou culpa (Loening, ob. cit., p. 60 sg.), e que igual regra seja applicavel ao Estado, a verdade é: que a opinião mais geral admite a

²² Sourdat, Traité Générale de la Responsabilité, t. II, n. 1302. Cf. A. Klewitz, Die Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen, p. 78 — Berlin, 1891.

²³ “Por mais elevadas que sejam as necessidades politicas do Estado, não podem ir até ao ponto de conculcar e ferir os direitos dos particulares; ao Estado incumbe o dever de escolher os seus funcionarios; e si estes no exercicio de suas attribuições excedem os limites postos pela lei, com damno para os particulares, a equidade e a razão mandam, que o Estado responda, *reparando* o injusto damno”.—P. Mazzoni, loc. cit.

responsabilidade dos primeiros, como *sequencia natural*, a dizer, prevista nas relações ou faculdades, conferidas pelo mandante ou preponente ao seu órgão ou representante. A este respeito, o notável professor Gierke não hesitou em afirmar o principio da responsabilidade, nos termos mais peremptorios:

“Quanto á culpa contractual, é hoje principio indiscutivel: o Estado, assim como, as associações diversas, devem indemnizar o damno resultante da culpa commettida pelos seus órgãos na celebração ou execução dos contractos ; e isto está reconhecido, não só, na pratica e jurisprudencia, como tambem, em theoria, pelos proprios partidarios da doutrina da ficção” (*Dass der Staat und die Körperschaften aus eineni BEI ABSCHLUSS ODER ERFUELLUNG VON VERTRAEGEN begangenen Verschulden ihrer Organe dem mitkontrahenten Ersatz zu leisten haben, ist nicht nur in der Praxis anerkannt und namentlich bereits mehrfach vom Reichsgericht ausgesprochen, sondern wird auch in der Theorie sogar von den Anhaengern der Fiktionslehre durchweg zugestanden*).²⁴

— Em uma palavra, ao Estado, cuja missão institucional é declarar a lei, *executal-a*, e *applicat - a*, pelos seus órgãos distinctos,—não seria licito *pôr-se fora do alcance dos principios geraes do direito commum*, aliás, por elle proprio estabelecidos para o fim de regular os actos e factos da ordem juridica, e como condição, para que nella predomine a regra de justiça. Pois, é manifesto, que si a elle proprio não pudessem ser igualmente applicaveis os principios desse direito, tambem impossivel seria a effectividade constante da justiça...

Com esta conclusão, está claro, não se procura, de maneira alguma, desconhecer as boas e não menos valiosas razões, em que se fundam as isenções, privilegios e regalias da pessoa-Estado; pelo contrario, não só, reconhecemol-as, como ainda, consideramos tudo isso indispensavel ás proprias garantias da efectividade do direito e da justiça

²⁴ *Die Genossenschaftstheorie*, p. 764 sg. e 784-85; — Cf. Saleilles, ob. cit., p. 391;— Michoud, *De la responsabilité de l'Etat*, p. 410 (na *Revue du droit public*, 1895); etc. etc.

em toda a ordem social, notadamente, na ordem jurídica. O que ora se combate, é a *não - responsabilidade* do Estado pelos actos *lesivos* do alheio direito, como pretensa *regra geral*, quer em vista da sua natureza particular, quer em vista dos privilegios, que lhe competem. Porquanto, semelhante doutrina não é a verdadeira, como ficará, melhor demonstrado pela exposição e discussão da materia, feitas, mais desenvolvidamente, nos capítulos seguintes.

CAPITULO II

Da Responsabilidade geral

53. — Os principaes fundamentos, donde se infere ou se conclue o principio da *responsabilidade geral* do Estado pelos actos lesivos dos seus representantes ou funcionarios, já foram indicados no Titulo anterior. Agora vamos individualisal - os em breve resenha para, servindo - nos dos elementos da critica, verificar melhor, qual ou quaes dos fundamentos alludidos devem ser os preferidos, como capazes de bem justificar "*nunc et semper*", semelhante responsabilidade.

53 a. — I. A RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E O FUNCIONARIO É A DO MANDATO. Tirando argumento das disposições analogas do direito privado, ou, positivamente, dos textos do direito romano, apparece - nos, em primeiro lugar, a theoria do mandato, como capaz de explicar a responsabilidade do Estado, a qual, segundo o testemunho dos competentes,²⁵ chegara a tornar-se a doutrina dominante do seculo 18º, e como tal, recebida nas decisões judiciais proferidas sobre a materia.

Entretanto, contra semelhante theoria se tem objectado :

1) Que a relação do serviço publico *in concreto*, pertencendo inteiramente ao direito publico, fica, "*ipso facto*" excluida a hypothese de

²⁵ Loening, ob. cit., p. 36-44; Zachariae, ob. cit., p. 591-601; R. Piloty, ob. cit., p. 265-269.

um accordo livre das vontades de dous sujeitos, sobre determinados actos juridicos, (*als willkürliche Willenseinigung ziveier Subjekte*), como aliás se requer, e dá nos negocios da esphera do direito privado;

2) Que o Estado estabelece o serviço publico por um acto de vontade soberana, creando ao mesmo tempo o representante necessario, (visto a sua incapacidade de agir por si mesmo), pelo qual é exercida a autoridade publica e são firmados os direitos e obrigações do Estado;

3) Que o exercicio da autoridade publica não é acto de arbitrio; mas, conforme a idéa do ser colectivo, é elle, antes de tudo, um dever ; e

4) Que, em geral, quando o Estado, (o qual, sabidamente, se pode achar tambem em puras relações de direito privado com os outros sujeitos de direito), no uso da sua autoridade, se serve dos seus representantes, para obrigar cada um a fazer o que é devido, não seria licito fallar da celebração de um negocio (*von einem Geschäftsschluss zu reden*), como succéde, quando o *mandante* effectúa dado negocio com terceiros, por intermedio de um seu mandatario;

5) Que o dever do individuo de submeter-se aos actos da autoridade publica, ou a sua relação de sujeição para com o poder do Estado preexiste (*ist schon vorhanden*), e não é creada pelo exercicio da autoridade publica;

6) Que só é licito fallar da relação juridica de um terceiro, contractando com o *mandatario* em nome do "*dominus negotii*", quando aquelle, por sua livre vontade, contracta com o mandatario, e em vista das faculdades deste;

7) Que, finalmente, dadas estas premissas, as regras do direito privado sobre o mandato não podem ser acceitas, como bastantes para explicar a responsabilidade do Estado, uma vez que dellas resulta

que o subdito não se acha, para com o Estado ou seus funcionarios, em uma *situação de livre arbitrio*, como no caso seria mister.²⁶

Ainda contra a theoria do *mandato* se tem insistido: Uma applicação directa dos principios do *mandato* presuppõe, que a relação juridica do funcionario para com o seu patrão existe de facto em um mandato. Mas, antes de tudo, seria erro encarar o Estado, como sendo esse patrão (*fur diesen Herrn*). O Estado só apparece, como sujeito de direitos e obrigações (*Fiscus*) no direito privado; no mais, elle não é, de modo algum, *sujeito de direito*, nem mesmo de direito publico;—não passando então de uma mera concepção stato - juridica (*nur ein staatsrechtlicher Begriff*). Em vista do que, não pode ser com o Estado propriamente, que o funcionario se acha em relação de serviço ;—esta relação se dá, sim, entre o funcionario e o titular (*Träger*) do supremo poder no Estado, i. e. o Soberano, o qual, ou celebre, elle proprio, o contracto de serviços com o funcionario, ou faça celebrar por outrem, é a elle, que o serviço é prestado pelo funcionario. Portanto, não é em um *mandato*, que assenta aqui a relação do serviço, existente entre o funcionario e o dono do serviço (*Dienstherr*); pelo contrario, trata-se de uma relação de direito publico.²⁷

Fosse, comtudo, essa relação a do mandato, adverte Piloty, dahi não resultaria jamais, conforme o que fica dito, a obrigação do Estado pelos actos do funcionario, mas a do *mandante* ou dono do serviço. Queremos dizer: quando o funcionario age em virtude de ordem illegal, recebida de um superior (*von oben*), esta ordem é do dono do serviço (*o superior*), mas, não do Estado; consequentemente, a obrigação, reconhecida no direito privado, “de responder pela ordem illegal” deve recair sobre o dono do serviço, e não, sobre o Estado. Do mesmo modo

²⁶ Vide: Zachariae, ob. cit., 611-612; A. Klewitz, ob. cit., p. 73 e gs.

²⁷ Piloty, ob. cit., p. 266.—Sobre este ponto é tambem de ver: *Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs*, t. I, p. 386 e sg.; Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, t. III, p. 321 e sg.

que, na hypothese de ser arguida a nomeação de um individuo incapaz, ou a falta de fiscalisação dos actos do mesmo, a questão da negligencia deve ser encarada, em relação ao dono do serviço, e não em relação ao Estado.²⁸

— Não nos demoraremos, por ora, em averiguar, si todas as razões allegadas contra a inapplicabilidade do *mandato* á natureza da *função publica* têm, realmente, a força e verdade, que se pretende; mas, com certeza, a simples theoria do mandato, qual resulta dos principios consagrados pelo direito privado, não basta para justificar a responsabilidade do Estado, como regra geral da materia.

53 b. — II. NO SERVIÇO PUBLICO SE DA A RELAÇÃO DO DOMINUS NEGOTII PARA COM O INSTITOR. A analogia dos institutos do direito romano, commummente designados pelos titulos de "*actio institoria* ou *exercitoria*", tambem é impugnada, como inapplicavel ao serviço publico, ou incapaz de explicar a responsabilidade, dahi resultante, contra o Estado, pelos actos dos seus funcçionarios. Ninguém ignora, que taes acções, originariamente admittidas, a primeira contra o dono da estalagem pelos actos do *institor* o (preposto), e a segunda contra o *armador* (dono do navio) pelos actos do mestre do navio,²⁹ foram depois ampliadas, por equidade, a outras relações juridicas de natureza identica — *Aequum praetori visam est sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum, et conveniri.*

Mas nos proprios textos invocados se acha igualmente previsto: "*Non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum, qui praeposuit; sed ita, si ejus rei gratiâ, cui praepositus fuerit, contractum est, id est, duntaxat ad id, ad quod eum praeposuit.*"³⁰ Donde, portanto, se deve concluir:— a) que o *institorio* é, antes de tudo, uma *relação*

²⁸ Piloty,—Loc. cit.

²⁹ Dig. I. XIV, tit. I, 1, e § 15: Ibidem, tit. III, 5 e 18.

³⁰ Dig. I. cit., tit. III, 5, § 11.

contractual, o que, segundo o parecer de alguns, não se ajusta ao caracter do serviço publico; *b)* e que, suppondo mesmo que, por analogia, fossem applicaveis a dito serviço os principios ou regras da *actio in - stitoria*, ainda assim, não se podia affirmar a responsabilidade do Estado pelos actos dos funcçionarios, desde que estes deixassem de agir dentro dos limites da sua incumbencia, a dizer, desde que os actos do funcçionario se apartassem da stricta legalidade, a que são obrigados (*duntaxat ad id ad quod eum praeposuit*), visto a legalidade ser a regra institucional do proprio Estado. E é por isso, que Mantellini sustenta que, a não ser no caso especial, em que o funcçionario seja autorizado a contractar, não se pode faliar da lei da institoria, como applicavel aos serviços da administração publica, ou á responsabilidade desta pelas obrigações resultantes desses serviços.³¹

A admissão, por analogia, da responsabilidade do *dominus* pelas culpas do *institor*, como igualmente applicavel ao Estado, é, na opinião de *Zöpfl*, por demais duvidosa; uma vez que, no proprio direito privado, é ella assaz discutivel. Mas, dado mesmo, que esta responsabilidade tenha a sua sancção no direito commum, nem, por isto, a sua applicação ao Estado seria perfeitamente analogica; porquanto o dono do negocio (*dominus negotii*) não seria aqui o Estado, mas o dono do serviço, (*Dienstherr*); e entre a relação juridica do *institor* (preposto) para com o *dominus*, e a do funcçionario para com o *Dienstherr* (dono do serviço) ha uma tal differença, que não seria licito cogitar de uma *paritas rationis* na especie.

Em nada diminue essa differença o facto de se dar, muitas vezes, entre o *dominus* e o *institor*, não, a relação do mandato, mas a de autoridade; pois esta relação de autoridade ou poder (*Gewaltverhältniss*)

³¹ Mantellini, ob. cit., p. 148-150. Cf. Loening, ob. cit.; Bellavite. ob. cit., p. 49 sg. Não se ignora, que o illustre professor Meucci, alem de outros, sustenta, justamente, o contrario, i. e. que a *relação institoria* é a unica capaz de explicar a funcção publica.—Hic, p. 139 sg.

é também, por sua natureza, de direito privado, isto é, só é reconhecida em direito, como fonte de obrigações e direitos privados (tal é a relação entre pai e filhos, entre patrão e creados, etc.)³²

— Taes são as razões principais, formuladas pela critica, contra os fundamentos da responsabilidade civil do Estado, tirados, por deducções analogicas, dos principios do direito privado. Passamos em seguida a examinar os fundamentos baseados no direito publico.

53 c. — III. A RESPONSABILIDADE É CONSEQUENCIA DO CARACTER REPRESENTATIVO DO FUNCIONARIO. Sendo o Estado pessoa juridica, e como tal, só podendo manifestar-se e agir na ordem social, politica e juridica, por meio de *representantes*, entende-se, que os actos destes são no todo actos do proprio Estado, e portanto, ao mesmo deve caber uma responsabilidade geral pelos danos dahi resultantes.³³ Muito legitima, senão, de inteira justiça, se mostra esta doutrina; todavia, também contra ella se tem levantado varias considerações ou argumentos, que não devemos deixar de mencionar.

1) Allega-se antes de tudo, que é indiscutivel o principio, de que só pode ser aceita, como *vontade* do Estado, uma manifestação legal, a dizer,— a de que todos os funcionarios devem exercer as suas funções dentro das normas do direito. Donde resulta sem mais exame, que, mesmo convindo em que os actos do funcionario sejam actos do Estado, ainda assim, só seriam de receber, como taes, os actos do

³² Vide: Piloty, ob. cit., p. 267. Este autor acrescenta, a proposito, o seguinte: Assim como Zöpfl, commettera Meisterlin o equivoco de tornar o Estado responsavel pela carencia de instituições e empregados (necessarios ao serviço) segundo as disposições do direito privado. O *caso unico*, em que, do acto illegal do funcionario pode resultar acção contra o Estado,—*ex-vi* do direito privado,—é quando o Fisco tira um lucro do acto em questão. O Fisco fica, com certeza, obrigado a restituir o que houver adquirido do acto illicito do funcionario; mas é somente no facto do lucro injustificavel, que consiste o fundamento juridico da acção contra o Fisco.—Cf. Bellavite ob. cit., p. 6-7.

³³ Tal é o parecer de *Seuffert, Windscheid, Roth, StObbe, Chironi* e outros.—Vide: Loening, ob. cit., p. 105.

funcionario, feitos *conforme á vontade* do Estado, isto é, *conformes ao direito*, e não, os demais, por serem praticados contra a vontade do Estado. Em bôa logica, acrescenta-se , não se póde, com effeito, reputar acto do Estado, o que o mesmo não queria, ou prohibira que fosse praticado pelo seu representante...

Diz Loening: Examinados os factos antes de qualquer deducção *á priori*, desde que produzem effeitos juridicos *pro* e *contra* o Estado, se poderia sustentar, por linguagem metaphorica, que os actos do funcionario são actos do Estado. Mas, isso concedido, importaria tambem não esquecer, que a faculdade do funcionario, estabelecida na lei, regulamento ou outra disposição, de agir em nome do Estado, assignála juntamente os limites, dentro dos quaes somente, o seu acto póde *representar* ou significar o acto do Estado; semelhante faculdade (*Vollmacht*) não vae até a pratica dos actos illegaes (*rechtswidrig zu handeln*); logo, todo o acto illegal do funcionario é um acto contra a faculdade, que lhe foi conferida, e, consequentemente, não póde ser considerado, como acto do Estado; do mesmo modo que, no direito privado, os actos do representante, praticados *contra* ou *fôra* do mandato, não podem ser admittidos, como actos do mandante.³⁴ O funcionario, insiste Bellavite, só é representante do Estado, emquanto se conserva nos limites do poder que lhe fora delegado; desde que o transgride, cessa de ser tal; não se podendo conceber, como o Estado deva responder pelas acções de seus funcionarios, as quaes, não só, elle não ordenara ou promovera, mas, ao contrario, prohibira, e as vezes, debaixo de sancções disciplinares ou penaes.³⁵

A esta objecção se, podia, é certo, contrapor, e o proprio autor o reconhece,— que é justamente o Estado que, armando o funcionario do

³⁴ Loening, ob. cit., p. 107-108; L. Bellavite, ob. cit., p. 42-43 A. Klewitz, ob. cit., p. 73 sg, e 79.

³⁵ Bellavite, loc. cit.

seu poder ou autoridade, *faculta* ao mesmo os meios de causar o dano em questão; e que, portanto, assim como o *committente* ou *dominus* responde pelos danos causados de seus *prepostos* ou *commissionados* no desempenho dos respectivos encargos, assim também, é de justiça que o Estado o faça, com relação aos danos dos seus representantes, causados no exercício de suas funções.

Esta razão é de toda a procedencia; ainda que não devamos omitir que, em *replica*, se tem igualmente allegado o argumento já conhecido, de que as relações do *committente* ou *dominus* não são identicas ás do serviço publico (p. 229), sobretudo, pela razão sabida e incontestavel, de que o Estado não investe o seu representante de autoridade, em vista de um interesse *seu proprio*, como faz o individuo particular em relação ao seu preposto; mas, que assim o faz por uma necessidade suprema, qual é a da tutela dos direitos e interesses geraes,— fundamento juridico *essencial* do Estado.³⁶

Piloty nega também, que a relação da representação seja capaz de justificar a responsabilidade do Estado, mas partindo de fundamento differente. Ao seu modo de ver, o Estado, como poder publico, não é sujeito de direito (p. .231), e os que assim o qualificam, se servem apenas de uma ficção, no intuito de tornar o patrimonio do mesmo, responsavel pelos danos dos funcionarios.³⁷ Trata-se no entanto de uma ficção inteiramente desnecessaria;— os actos dos funcionarios não precisam desse sujeito ficticio de direito. Elles são auctorizados, em virtude do poder que lhes é conferido, a praticar actos de governo ou de autoridade; e quem lhes confere semelhante poder é, no Estado monarchico, o soberano, fonte da autoridade suprema no Estado.

³⁶ Ibidem.

³⁷ “Die Haftung dos Staats”, p. 268.

Portanto, os actos dos funcionarios se manifestara, como actos delles propios, para cuja pratica se acham autorisados pelo soberano: si correspondem á vontade deste, taes actos se podem considerar, como si fossem do proprio soberano, do qual os funcionarios derivam a sua autoridade; si não correspondem á dita vontade, são actos da exclusiva responsabilidade do funcionario, e nada mais.³⁸

Tal é a critica principal dos diversos autores sobre este ponto. Mas, desde já antecipamos que, sobre estas objecções levantadas contra a obrigação particular do Estado, proveniente da sua representação juridica pelos seus órgãos ou funcionarios, se tratará mais adiante, e de modo a demonstrar, que o fundamento dessa obrigação, é, não só, verdadeiro, mas ainda, impossivel de ser recusado (p. 269 sg.).

53 d. — IV. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PROVÉM DA CULPA NA NOMEAÇÃO OU FALTA DE FISCALISAÇÃO DO FUNCIONARIO (culpa in eligendo seu in inspiciendo), ou AINDA DO DEVER DE OBEDIENCIA IMPOSTO AOS PARTICULARES PARA COM O FUNCIONARIO.

— Entende-se que, sendo a nomeação e a conservação do funcionario exclusivamente dependentes da vontade do Estado, este deve carregar com as consecuencias da culpa que porventura se derem, quer imputaveis á incapacidade do funcionario, quer á não devida fiscalisação do mesmo no desempenho das suas funcções.

Os argumentos da critica contra este fundamento se resumem nos seguintes:

a) Uns dizem que a nomeação e fiscalisação do funcionario, só *ficticiamente*, se dizem do Estado, porque, na verdade, ellas se effectuam por individuos, tambem funcionarios, de categorias superiores;

³⁸ Loc. cit., p. 269 sg.

portanto, si culpa nisso houver, deve recahir nestes funcionarios, e não no Estado.

b) Outros, sem se preocupar de distinguir entre a pessoa do Estado e a de seus representantes superiores, se limitam a declarar que ao Estado, geralmente fallando, não póde caber culpa alguma, visto ser uma pessoa moral; e que, quando assim não se entenda, tambem no caso particular não se podia dar culpa, desde que na nomeação e fiscalização do funcionario se guardassem as normas estabelecidas na lei.

Sómente verificada a hypothese singular de dar-se a nomeação de um individuo, *sabidamente incapaz*, para o emprego ou certas funções especiaes, é, que alguns tem admittido que a culpa do Estado possa influir, como elemento a considerar, na questão da responsabilidade civil do mesmo.

“Nur wenn die Staatsgewalt selbst sich verschuldet hätte durch Anstellung einer offenbar unwürdigen oder untauglichen Person, wenn also die Wahl der Beamten selber als eine kulpöse oder dolose zu betrachten wäre, würde die Haftpflicht des Staats in dieser Verschuldung einen Grund haben.”³⁹

53 e. — O fundamento tirado da obediencia, imposta para com os funcionarios, como representantes do Estado, tem sido formulado assim:— Desde que o Estado exige de seus subditos, (e póde e deve exigil-o), que elles reconheçam nos funcionarios os seus delegados, submettendo-se á autoridade dos mesmos, como á sua propria, sem discussão (*ohne Widerrede*); é consequente, que elle responda pelo uso de semelhante autoridade, quando, por ventura, forem ultrapassados os limites della, já por actos illegaes, e já por abusos do emprego; uma vez

³⁹ Vide: Loening, ob. cit., p. 56 sg.;—A. Klewitz, ob. cit., p. 76. Piloty diz a respeito: A nomeação do funcionario tem togar, mediata ou immediatamente, sempre pelo Soberano...Consequentemente, si, pelo facto da nomeação, alguém devesse responder, seria o Soberano, autor da nomeação.—Ob. cit., p. 269.

que o Estado não permite, nem podia permittir, que cada individuo verifique, primeiro, a legalidade do uso da autoridade, para, somente depois, prestar-lhe a obediencia devida.⁴⁰ Estas razões são de manifesta procedencia.

Não obstante, o professor Loening, discutindo o fundamento alludido, nos termos em que fôra exposto por Zacharise, observara: Sabido que o direito reconhece ao individuo a faculdade de oppor effectiva resistencia, pelo menos, *passiva*, ás ordens illegaes, dahi lhe resulta o consequente direito de examinar, si a ordem é, ou não, legal. Consequentemente, pela só razão da subordinação dos individuos ao poder publico ou do dever de obediencia ás autoridades, o Estado não pôde ser obrigado a indemnisar o damno, que os mesmos hajam soffrido, prestando, porventura, obediencia á uma ordem illegal; “visto como não estavam obrigados a fazel-o”⁴¹. Certo, continua Loening, se podem dar casos, nos quaes toda resistencia de facto seja impossivel, e o individuo se tenha de sujeitar ao imperio da força superior; e não se desconhece que, nos casos presuppostos, o funcionario se prevalece dos meios, que a investidura do cargo lhe dá;— mas, somente por isto, não se gera uma razão obrigatoria de responsabilidade do Estado pelo abuso de poder do funcionario⁴²; pelo contrario, o que fica patente é, que a responsabilidade do acto pertence inteira e exclusiva ao funcionario. Porquanto a coerção da obediencia, adverte Piloty juntamente, tem o seu fundamento na lei. Esta é, que veda ao subdito de se oppor aos actos do funcionario, e autoriza o ultimo a empregar contra o primeiro as medidas coercitivas necessarias. A lei é a expressão da vontade, devidamente formulada, do titular (*Träger*) do poder publico. A vontade do legislador

⁴⁰ Pfeiffer, *Praktische Ausführungen*, t. II, p. 369 sg.; Loening, ob. cit., p. 97 sg.

⁴¹ Loc. cit., p. 103.

⁴² Loening, ob. cit., p. 103 sg.

não é, pois, a vontade do *sujeito de direito-Estado*... E razão não ha, para pôr uma *ficção* em lugar desta realidade.⁴³

53 f. — Tambem partindo do presupposto, de que os actos do funcionario são actos do Estado, e apreciando as consequencias do dever de obediencia, acima dito, outros tem sustentado a existencia de uma *garantia tacita* por parte do Estado, em relação aos referidos actos, sempre que elles lesam ao alheio direito. E' o principio, que *von Gerber*, se apropriando, aliás, dos proprios argumentos de *Zachariae*, formulara do seguinte modo:

“Na nomeação de um funcionario, revestido de publica autoridade, e na obrigação (necessidade) do publico de tratar com elle, como representante do poder, está o compromisso tacito de uma garantia subsidiaria das obrigações resultantes do exercicio illegal das suas attribuições ou da negligencia no desempenho das suas funcções.— *“In der Aufstellung eines mit öffentlicher Autorität bekleideten Beamten und der Nöthigung des Publicums mit ihm als Vertreter der Obrigkeit zu verkehren, liegt die stillschweigende Uebernahme einer subsidiärischen Garantie für die durch pflichtwidrige Ausübung der ihm anvertrauten Amtsbefugnis oder Vernachlässigung seiner amtlichen Pflichten entstandenen Forderungen”*.⁴⁴

Como se vê, a supposta garantia assenta na obrigação que tem o Publico de tratar com o funcionario do Estado, nesta qualidade; é, portanto, o mesmo argumento, tirado da obediencia, apenas, sob nome diferente. Por isso, contra a sua procedencia se tem feito igualmente a mesma objecção, já acima mencionada, a dizer: que essa obrigação ou necessidade do Publico, embora real, não exclue, todavia, a possibilidade de o individuo repellir as exigencias illegaes do funcionario, oppondo-lhe resistencia, activa ou passiva, segundo as circumstancias do caso; além de que, accrescenta-se ainda, quando mesmo não houvesse a *possibilidade da resistencia*, ainda assim, não seria admissivel a

⁴³ Piloty; ob. cit., p. 269.

⁴⁴ Von Gerber: *Grundzüge*, p. 207.—Cf. Loening, loc. cit., p. 104.

responsabilidade do Estado, em virtude de um simples postulado de justiça, como é o que respectivamente se allega.⁴⁵

⁴⁵ Loening, ob. cit.

Piloty, depois de apreciar á luz da critica os tres fundamentos da *obediencia*, da *representação*, e da *nomeação*, como capazes de explicar a responsabilidade do Estado, concluirá por estas considerações: “Só dous fundamentos subsistem, como possiveis, de semelhante responsabilidade:—o compromisso contractual, e a culpa propria do responsavel...O primeiro fundamento é invocado por aquelles escriptores que, partindo da relação da *representação* ou da *nomeação*,—affirmam uma garantia tacita do Estado. E’ de ver, que essa garantia seria do Soberano, e não do Estado (Fisco). Em todo caso, á essa supposta garantia seria de applicar o mesmo principio que regula o contrahimento tacito das obrigações;—e não se ignora que o principio alludido só póde ter cabimento, quando dos actos daquelle, cuja obrigação se trata, se deva tirar, *forçosamente*, conclusão sobre a sua vontade de obrigar-se. Não basta, que um sentimento de justiça reclame esse contrahimento de obrigação: é preciso, que se possa concluir, com certeza, pela vontade do sujeito de responsabilisar-se. A relação, porém, creada da *representação* ou da *nomeação* não é um facto de tal natureza, que leve á conclusão obrigada de semelhante vontade. O funcçionario é nomeado para proceder de accordo com as leis. E não se comprehende porque, quem nomêa um individuo para *agir legalmente*, alem desta vontade, assim determinada, deva alimentar juntamente a de responder pelo damno, que o nomeado tenha de causar pelo não-cumprimento do seu dever.

Si podia ainda interrogar, si não seria possivel derivar uma responsabilidade qualquer contra o Fisco, conformo ao direito privado,—de uma culpa ou de um acto illegal do mesmo. Assim se tem, com effeito, pensado; mas sem fundamento. Mesmo quando se tivesse por acceitavel, a *personificação do Estado*, como se depreheende, alias, dos proprios autores que negam a responsabilidade do Estado (*Laband*, t. I, p. 56 sg.); ainda assim, esse sujeito sendo apenas ficticio, não seria capaz de culpa. Seria, então, mister proceder, como se dá com as outras pessoas juridicas: não *fingir* somente a pessoa, mas juntamente a culpa. Aqui, porém, rúe a construcção. A coerção da *obediencia* para com o funcçionario só podia ser materia de culpa, si ella fosse illegal; mas, sabe-se que a mesma assenta na lei. Nem mesmo se poderia fallar de illegalidade por parte do Estado, suppondo que semelhante coerção, em consequencia de algum acto illegal incidente do funcçionario, se tornasse *causa concorrente* de um damno injusto. Illegal ou contra direito, só ficaria sendo o acto ou a omissão do funcçionario. Para *fingir* uma culpa do Estado tambem se tem dito, que o funcçionario e o Estado são uma e a mesma pessoa: o funcçionario é a bocca e a mão do Estado; os funcçionarios são os membros do Estado, dos quaes este se serve, como instrumentos...; consequentemente, os actos desta parte organica nada mais são, do que actos do *todo*: a culpa da parte constitue por isto a culpa do *todo*, do mesmo modo que a offensa, feita pela mão, é uma offensa do *todo-homem*.

O facto natural repugna, porém, com esta ficção: o funcçionario não é jamais *simples instrumento* de um outro individuo; mas, elle proprio, é um individuo e *sujeito independente de direito*. A prevalecer o rigor de uma tal ficção, o funcçionario seria incapaz de vontade, isto é, um instrumento, e, consequentemente, incapaz de responsabilidade.

Entretanto, o que em verdade apparece, são duas personalidades distinctas, das quaes só uma, o funcçionario, é a que tem delinquido...

Não ha, portanto, nenhum fundamento real para admittir-se a culpa do Estado.

A chamada *garantia tacita* tambem repousa, por igual, na ficção da culpa. Mas, segundo ficou demonstrado, nem da *representação*, nem da *nomeação*, resulta o compromisso de responsabilidade ulterior; logo, essa *garantia tacita* é, apenas, a mesma pretensa responsabilidade, proveniente da culpa, embora sob nome differente. Insistem,

Este ultimo argumento é de Loening, para quem, já se sabe, a não se tratar de actos concernentes ao *Fisco*, todos os demais *só serão susceptíveis* de crear uma obrigação para o Estado, havendo disposições expressas da lei, que assim estabeleçam.

53 g. — V. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PROVEM DO SEU DEVER DE PROTECÇÃO. Este dever se caracteriza, como uma obrigação inherente ao Estado para com os seus subditos, e corresponde aos deveres especificos de *obediencia* e *fidelidade*, e aos onus ou encargos publicos, aos quaes os súbditos se sujeitam para com o Estado. Não se trata, diz Klewitz, de um simples dever moral ou de beneficencia (*Liebespflicht*), mas de um dever juridico, verdadeiramente tal, e com certeza, não de natureza privato - juridica, e sim, de caracter rigorosamente *publicistico*.

Em geral, todo individuo pode exigir do Estado o cumprimento desse dever, como uma parte essencial dos direitos que lhe competem na qualidade de cidadão ou membro do Estado, muito embora não haja a possibilidade de uma coacção judicial a esse respeito.—Em particular, cada individuo pode exigir igualmente que o Estado, na sua actividade administrativa e judiciaria, proceda conforme ás normas do direito (*Rechtsordnunggemäss*), todas as vezes, que elle precise recorrer ás suas autoridades,— e bem assim, que o Estado faça, ao seu turno, observar as normas do direito, onde e quando o interesse da segurança ou o bem-estar commum tornar legalmente necessaria a intervenção espontanea do funcionario (*ein spontanes amtliches Eingreifen gesetzlich erforderlich*

que o Estado deve ser responsavel por haver nomeado o funcionario, que, mais tarde, procedera illegalmente. Esta construcção assenta novamente na culpa, que, conforme o direito privado, se pode dar na nomeação do mandatario,—se distinguindo, tão somente, nisto: que ella substitue a prova necessaria da culpa conforme a theoria ao mandato, por uma simples presumpção de culpa." Piloty, Loc. cit., p. 270-71.

— Com esta nota pretendemos completar melhor as idéas do autor, ao qual nos temos, tantas vezes, referido neste trabalho.

ist).⁴⁶ Exemplo da omissão deste ultimo dever por parte do Estado se dá, quando, por ocasião de tumultos, não são empregados todos os meios necesarios para garantir illesas, a vida e a fortuna dos cidadãos isentos de culpa por taes tumultos; sendo, por isto, justificadas as leis especiaes, já existentes, as quaes, efectivamente, reconhecem um direito de indemnisação ás pessoas lesadas em taes circumstancias.⁴⁷

Loening, referindo-se ao mesmo argumento, e tendo particularmente em vista uma decisão da *Côrte de Appellação* de Cassei, fundada na obrigação, que incumbe ao Estado, de *prestar protecção* aos que lhe são dependentes ou sujeitos (*Staatsan - gehörigen*), se exprimira por esta forma: A linguagem da Côrte é que,—“do dever do Estado de *prestar* protecção resulta aos individuos o direito de pedir uma indemnisação dos danos soffridos em consequencia do descuido illegal do mesmo dever.” Mas, antes de tudo, não é o Estado, e sim, o funcionario, quem falta ao cumprimento dos deveres do seu officio (*durch rechtswidrige verabsäumung dieser Pflicht*). Depois, semelhante theoria repousa sobre uma presumpção, parte não demonstrada, e parte de demonstravel falsidade. Certamente, o Estado tem por missão, effectuar ou assegurar uma situação juridica para todos: nisto está, embora não exclusivamente, o fim do Estado (*der Staats-zweck*). Mas o Estado, em se reconhecendo este fim, não se impõe, todavia, para com todos os individuos, a obrigação legal de, quanto ao seu preenchimento,—responder pelo mesmo modo, por que o devedor é obrigado a fazer - o para com o seu credor, relativamente á prestações contractuaes.

E, admittido mesmo que assim o fosse, restaria demonstrar que o Estado seja responsavel pelo damno resultante aos seus subditos por culpa dos funcionarios. Pelo facto de serem estes tidos, como órgãos

⁴⁶ A. Klewitz, ob. cit., p. 100 sg. Cf. Kissling “Verhandlungen des VIII deutschen Juristentages”, t. I, p. 389-90 ; Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, t. I, p. 146.

⁴⁷ Klewitz, loc. cit.

do Estado, não fica demonstrada a responsabilidade, do Estado pelos actos dos mesmos...⁴⁸ Porquanto, repete Loening mais uma vez: sendo o Estado, como poder publico, ou como fisco, (*als Inhaber der Staatsgewalt, ou der Staat als Fiscus*), incapaz de culpa, é sempre sobre as pessoas physicas, embora seus representantes, e jamais sobre o Estado, que deve recair a obrigação de indemnisar o mal feito, em consequencia de culpa, qualquer que esta seja...

CAPITULO III

Da Responsabilidade segundo o systema mixto

54. — Já se sabe bastante, qual seja o fundamento do “*systema mixto*”: o Estado é, ao mesmo tempo, pessoa *civil* e pessoa *politica* ou *soberana*. Responde pelos actos da primeira; pelos da segunda, não; porque isso repugna com a idéa da soberania ou com os direitos essenciaes do poder publico.

Entretanto esta doutrina, tão simples e facil de ser comprehendida e, porventura, acceitavel em *principio*, —não se tem mostrado capaz de corresponder ás exigências da pratica. Com effeito, partir simplesmente da *distincção* dos actos, para affirmar a responsabilidade do Estado pelos actos de *gestão*, e a sua irresponsabilidade pelos de *imperio*, deixa, evidentemente, muito a desejar, como systema de justiça distributiva.⁴⁹

Antes de tudo, é de saber, que emquanto uns querem a responsabilidade pelos actos de *gestão*, de maneira completa, como si se

⁴⁸ Loening, ob. cit., p. 99-101.

⁴⁹ Nos referimos á *distincção*, que geralmente se faz entre actos de *gestão* e actos de *imperio*, segundo a natureza especifica dos mesmos, e de que se tratou no Titulo Primeiro, cap. IV.

Ha, todavia, uma outra distincção, tirada da *qualidade* dos representantes do Estado, a saber, si elles são seus *órgãos*, ou meros *empregados e prepostos*. Das razões, com que se pretende fundar esta segunda theoria, diremos igualmente na ultima parte do presente capitulo.

tratasse de um individuo particular, ⁵⁰ outros só admittem essa responsabilidade, aliás já delimitada, a respeito das obrigações contractuaes; negando-a em relação aos actos illicitos extracontractuaes, ainda mesmo na hypothese de ter havido culpa na nomeação do funcionario (*nel caso dell'intervento della culpa in eligendo*) — pela razão muito repetida, de que uma semelhante culpa não pode recahir sobre o Estado, e sim, sobre o funcionario superior, verdadeiro autor da nomeação.⁵¹

Por outro lado, a irresponsabilidade pelos chamados actos de imperio, ainda que estabelecida, como regra de doutrina, mostra-se insustentavel em certos casos particulares, mesmo aos olhos daquelles, que se confessam adeptos mais decididos do systema.⁵² Seria, na verdade, flagrante injustiça, admittir, como these indiscutivel, que todo acto do *poder publico*, só por ter este character, não obriga á reparação das lesões, sabidamente feitas ao alheio direito!...

⁵⁰ Hic, Titulo Primeiro, cap. IV.

⁵¹ Vide: L. Bellavite, ob. cit., p. 49. Cf. Loening, loc. cit.; Piloty. loc. cit.—Referindo-se á responsabilidade pela culpa *in eligendo*, disse o primeiro destes autores:

“Se non che á questa distinzione, ch’era fondata sul supposto formate, che la risponsabilita pel fatto d’altri non potesse, per massima, originarsi che della colpa propria, di cui lo Stato, quale persona giuridica, era incapace, si potevano opporre ragioni materiali di gran momento. Lo Stato é, inconformita delle sue leggi organiche e costituzionali, rappresentato nella sua gestione economica dai suoi preposti ed impiegati, onde la nomina é un surrogato della procura. Dove puó rinvenirsi, all’infuori degli atti dei suoi rappresentanti, l’azione dei fisco, cosi nei rapporti contrattuali, come nell’amministrazione in genere dei suoi averi? Non é egli equo che il terzo, il quale voluntariamente, e PIÚ ANCORA SE COATTO, entra in rapporti giuridico-economici coll’impiegato, che agisce in nome dei fisco, faccia assegnamento, pella rifuzione dei danni, che gliene possono derivare, non sul património dell’impiegato, a lui sconosciuto, e sulla condotta dei quale egli non puó esercitare alcuna influenza autorevole, ma sui mezzi economici dello Stato, che tiène á sua disposizione le misure disciplinari per mantenere l’impiegato nella via dei devore?...Quei riflessi ebbero forza sufficiente da indurre ad abandonare il formalismo angusto, per cui, sulla base che lo Stato per sé non é capace di tolere, e quindi di colpa, escludevasi la responsabilitá dei fisco per gli atti illeciti commessi dai suoi impiegat nella gestione economica, all’infuori dei rapporti contrattuali; quindi a far pareggiare, anche per tale rispetto, lo Stato, quale persona civile, ai priivati”.—Loc. cit., p. 49-60. Neste trecho o autor reconhece que tambem dá-se a responsabilidade do Estado pelos actos illicitos extracontractuaes; mas é de attender, a responsabilidade alludida se refere aos actos do *fisco* ou da pessoa civil do Estado somente, e nao, aos demais actos do Estado.

⁵² Hic, Titulo Primeiro, Cap. IV.

Entre os actos *de imperio* não podem, com certesa, deixar de ser incluídos: *a)* os chamados *actos de guerra*, os de *necessidade publica*, os relativos *á ordem*, *a segurança* e *á saude publica*; *b)* os que impõem a obrigação das contribuições publicas; *c)* os que se referem *á criação*, *provimento*, *supressão* de cargos publicos, e bem assim, *á nomeação* e *destituição* dos funcionarios; *d)* finalmente, os despachos e decisões judiciais; porque todos esses são, incontestavelmente, tidos e considerados, como *essenciaes* *á propria existencia*, *missão* e *funcionamento* do Estado ou poder publico.— Perguntasse, porém: mas, só porque actos taes pertencem, por sua natureza, *á classe* dos actos de imperio, devem escapar *á todo exame* ou *jurisdicção estranha*, no intuito de se lhes apurar os abusos ou as lesões do direito individual, porventura, commettidas pelos agentes ou representantes do Estado? Isto não póde ser; a affirmativa repugnaria *á propria manutenção* da ordem juridica, que é a missão natural ou a razão primeira do proprio Estado.

Esta doutrina da *immunidade dos actos de Governo* seria, no dizer do professor Brémond, perigosa para os direitos dos particulares. A sua applicação acarretaria, de facto, a consequencia, de que o Governo, a pretexto de segurança, podia impunemente violar os direitos privados mais incontestaveis, sem ter, por isto, de sujeitar-se ao exame de nenhuma outra jurisdicção... Seria a justificação de todos os abusos do poder; — seria até uma contradicção formal do principio, geralmente admittido, de que o character governamental depende da natureza intima dos actos, e não do fim, que se tenbam proposto os seus autores, ou do movel, a que os mesmos tenham obedecido.⁵³

Para obviar consequencias tão desastradas do systema, ou antes, para não deixar ver a *insuficiencia* do mesmo, se tem recorrido a explicações differentes: ora se diz, que a *irresponsabilidade* se refere aos

⁵³ Brémond, *Des Actes de Gouvernement* (*Revue du droit public*, t. V, p. 23 sg.).

actos do poder publico em si somente, mas, não, aos da sua execução, onde, realmente, podem ocorrer violações de direito, susceptíveis de indemnização; ora, se alvitra que é preciso fazer subdistinções nos proprios actos, como succede nos *actos de guerra*,— sustentando-se a irresponsabilidade do poder publico naquelles, que se dão *por força maior ou necessidade immediata da luta*, e, ao contrario, reconhecendo-se a responsabilidade do mesmo poder com relação aos demais actos, taes como: operações preparatorias,— medidas preventivas de defesa,— requisições militares, e outros actos de natureza semelhante⁵⁴. Ora, não seria mister demonstrar a inefficacia de uma doutrina, que, para amparar as suas *incertezas*, vae sempre de *distincção* em *distincção* em busca de um criterio, que lhe sirva de apoio ou razão de decidir, mas o qual geralmente lhe escapa, ou lhe póde falhar, ao aspecto de novas circunstancias...

Com isto não se pretende contestar as razões procedentes, em que se procura assentar a irresponsabilidade do Estado no exercicio de um grande numero de suas funções politicas, como poder soberano; são principios basicos indiscutíveis do direito publico universal, assás conhecidos, ensinados pela sciencia, e consagrados na jurisprudencia dos diversos povos. O que neste ponto, porém, não se póde deixar de igualmente affirmar, é: que nos dominios da pratica, o simples qualificativo de acto de imperio não basta por si só, como razão ou argumento da irresponsabilidade civil do Estado.

54 a. — Entre os actos politicos ou soberanos, cuja irresponsabilidade se proclama, para assim dizer, de maneira incondicional, figuram em primeira linha os actos legislativos (as leis) e os actos judiciaes (as decisões ou sentenças).

⁵⁴ Aut. e loc. cit. — Cf. Laferrière, ob. cit.

A lei, considerada como a declaração de um direito, dictada pelo poder competente do Estado, não deve conter, por certo, a violação de um direito individual: a coisa seria contradictoria por si mesma. A sua desconformidade com os dictamens da justiça natural, diz notavel escriptor, póde, tão somente, fazer nascer uma responsabilidade moral para aquelles que a adoptaram e sancionaram; mas, nunca, uma responsabilidade pecuniaria ou civil do poder publico, apreciavel no foro externo.⁵⁵

Dado, pois, que uma lei altére ou destrua direitos individuaes, continua o mesmo escriptor, ao lesado não cabe direito algum de indemnisação, a menos que a propria lei não conceda, desde logo, semelhante indemnisação. A efficacia da lei não resulta da sua conformidade com os principios da razão, accrescenta-se ainda, mas de ser dictada pelo poder do legislador (— *legem regulam esse justorum et injustorum*, Dig. I. I, tit. III, 2).

“É dunque in ogni caso la legge, quella che dá regola ai cittadini su ciò, che possono pretendere o devono prestare; sugli aggravi, chepro bonopublico siano costretti a sopportare. Non c’è legge propizia a tutti, e poço monta se pregiudica a qualcuno, purché serva all’interesse publico: nulla lex satis comoda omnibus est; id imo quaeritur, si maiori parti et in summam prodest. Se a qualcuno la legge par dura, potra valer si dei diritto di petizione per domandarne la riforma, ma non pretendere giudicialmente un compenso pecuniario per il danno che reputa di risentime: salvoché, torno a ripetere, la legge medesima non gliene abbia compartita la facoitá”.⁵⁶

Sem contestar, em principio, a lição doutrinaria que se contem no trecho ora transcripto, importa, todavia, observar que, segundo o direito constitucional de alguns Estados modernos, a propria lei póde ser

⁵⁵ Giorgio Giorgi, *Delle Persone Giuridiche*, t. III, n. 98^a.

⁵⁶ Loc. cit, n. 113.— Cf. Meucci, *Diritto Amministrativo*, p. 302; Mantellini, ob. cit., p. 59 sg.

objecto de impugnação judiciaria, mesmo sob o ponto de vista da sua validade⁵⁷; e uma vez apurado que, da execução de uma lei, *nulla, inconstitucional* ou *invalida*, resultou lesão ao direito individual, já não seria licito afirmar, ao menos de modo absoluto, que o Estado não deve indemnização alguma pelo mal resultante de semelhante acto.

E' certo, que o autor do referido trecho sustenta a irresponsabilidade, pela razão de não se dar, no acto legislativo, o que elle considera elemento da responsabilidade do Estado, "*cioè l'illecito*" ⁵⁸, com o que aliás confere a opinião do Meucci, dizendo por sua vez: *Essi (gli atti legislativi) sono la legge, e come potrebbero essere fatti illeciti? Se anche fossero contrarii alie proprietà, al diritto razionale, una volta divenuti legge, sarebbero per essenza legittimi*⁵⁹...

E', como se vê, um reconhecimento formal da *omnipotencia* e *rectidão* da lei.

Mas, o leitor tambem terá certamente notado, que o argumento assenta na *presupposição*, de que só póde haver a responsabilidade civil do Estado, em se tratando de *actos illicitos*, o que não é verdade, e nem jamais poderia ser admittido, como regra.

54 b. — Assim como succede com as leis, pensa Meucci, os actos da autoridade judiciaria tambem não geram a responsabilidade do Estado. Porquanto: 1) ou esses actos são strictamente inherentes ás fmicções judiciais, (as decisões e ordens) e são actos de verdadeira soberania nacional, consequentemente, insyndicaveis, irresponsaveis, irrevogaveis, a não ser por via de apellações e outros remedios; e sendo, por presumpção de direito, legitimos e licitos, como a propria lei, são por isto mesmo incapazes de produzir responsabilidade, seja *directa* dos

⁵⁷ E' o que se dá, notadamente, nos Estados-Unidos da America e do Brazil.

⁵⁸ Giorgio, loc. cit., p. 203.

⁵⁹ Meucci, loc. cit.

funcionarios respectivos, seja *indirecta* do Estado; 2) ou esses actos são estranhos aos indicados, taes por exemplo,— o recebimento de *donativos* ou de *paga* para fazer ou negar a justiça, a dizer, *prevaricações* e *corrupções*,— e actos desta ordem, sendo no todo estranhos ao exercicio proprio das funcções, portanto, inteiramente pessoaes aos seus autores, só darão logar á responsabilidade penal e civil destes, e não do Estado...⁶⁰

“Perchè il fatto illecito non istà nel giudizio suo che è insensurabile, ma nel fatto estraneo dei premio e della promessa ricevuta. E sebbene questo fatto alia avuto per oggetto una defezione d’ufficio, e una violazione del dovere d’imparzialità, tuttavia, essendo insensurabile il giudizio, manca ogni base e ogni mezzo di prova per accertare il pregiudizio o il danno che si dovrebbe risarcire ”.⁶¹

Ora, não é preciso dizer, que, só pelas razões adduzidas do illustre professor, não se pode afirmar, que o Estado não deva responder pelas *lesões dos direitos individuaes*, provenientes dos actos judiciarios; porque, manifestamente, ellas não podem ter a força que o mesmo lhes empresta.

Justificando essa irresponsabilidade, Pfeiffer se apoia em duas allegações que reputa procedentes: *primeira*, a independencia do juiz em todos os seus actos, e consequentemente, diz elle,— não cabendo ao Chefe de Estado ou aos seus órgãos immediatos nenhuma influencia nos actos desse funcionario, é logico, que tambem não lhe deve caber responsabilidade alguma pelas lesões de direito commettidas;— *segunda*, a circumstancia de haver remedios legaes, postos á disposição do individuo lesado, para fazer cessar ou desviar o damno resultante. Si este deixa de usar do remedio legal, deve soffrer as consequencias da propria culpa, não tendo, portanto, direito a exigir a satisfação do mal soffrido.⁶²

⁶⁰ Meucci, ob. cit., p. 303.

⁶¹ Ibidem, p. 312, sg.

⁶² Pfeiffer, *Praktische Ausführungen*, t. II, p. 363 sg.

Evidentemente, estes dous argumentos invocados por Pfeiffer carecem de toda procedencia: o primeiro consiste apenas em confundir o Estado com o Chefe do Estado, e em pretender, aliás contra o proprio principio geral professado por elle, retrotrahir a responsabilidade á uma culpa, mediata ou immediata, do Chefe do Estado (*des Regenten*); o segundo, em esquecer, que ha actos proprios do juiz, a respeito dos quaes, nenhum *remedio legal* poderia mais desfazer o damno causado; e mesmo não sendo esta a *hypothese*, a acção de indemnisação não se podia dizer excluida, desde que se tivessem esgotado os remedios legais permittidos. Logo, conclue Loening a este proposito, — si o principio da responsabilidade do Estado fosse verdadeiro, elle devia ser applicado, tanto aos actos dos funcionarios administrativos, como aos actos dos juizes.⁶³ Não precisamos, porém, lembrar que, segundo este ultimo autor, o principio da *responsabilidade geral* do Estado não existe, ou, pelo menos, nunca foi demonstrado...⁶⁴

⁶³ Loening, ob. cit., p. 98. Cf. Zachariae, ob. cit., p. 637 sg.

⁶⁴ Quanto aos actos lesivos dos juizes, Loening se exprime desta forma: A decisão, seja ella sentença, seja um despacho, não pode em geral autorizar nenhuma acção de indemnisação contra o Estado, visto como por esses actos não se pode dar um damno. Este só pode resultar da respectiva execução.—Donde segue-se: que nenhuma pretensão se justifica contra o Estado, emquanto a decisão não se tornar exequivel, ou quando o lesado haja, porventura, descurado de empregar o remedio legal, que podia obstar a exequibilidade da mesma.

Descurado o remedio legal, que o Estado garante ao lesado, claro está, que não lhe pode caber nenhum direito de indemnisação contra o Estado. Uma sentença, revestida de força juridica, é um direito formal; e pois, emquanto ella assim subsiste, a sua execução é tambem um acto legal. Somente quando uma sentença é annullada por outra posterior, tambem revestida de força juridica (*durch ein anderes rechtskräftiges Urtheil*) é, que a primeira perde o seu character de direito formal...O damno proveniente da execução de uma sentença, posteriormente annullada, não justifica em todos os casos o direito de indemnisação contra o Estado; mas, somente, quando a annullação se funda numa violação de direito, commettida na decisão pela autoridade nomeada pelo Estado. Dada a annullação por motivo diverso, não se pode pretender semelhante indemnisação. Esta obrigação se justifica aqui, porque o Estado coage as pessoas, sujeitas ao seu poder, a requerer o direito perante as suas justiças, declarando illegal, toda a resistencia feita á execução da sentença com força juridica das mesmas justiças, ainda mesmo, quando o executado a repete uma sentença illegal. Ora, desde que o Estado declara, que uma sentença, revestida de força juridica, crea direito, é de justiça, que o mesmo preste indemnisação, dada mais tarde a sua annullação; porque fora, em consequencia da violação do direito commettida pelo funcionario, que a sentença creara uma injustiça material (*das Urtheil materielltes Unrecht geschaffen hat*).—Loc. cit., p. 124-126.

Piloty também entende que, uma vez admitido que haja fundamento para a responsabilidade geral do Estado pelos actos ilegales dos funcionarios, não se comprehende, por que se deva excluir dessa responsabilidade os actos de certos funcionarios ou de certas funcções; havendo, como ha, para com todos os funcionarios, as mesmas relações de *subordinação* por parte dos subditos, e de *representação* ou *nomeação* da parte do Estado. Si os actos de governo (*Regierungshandlungen*), praticados pelos funcionarios, devem ser considerados actos do Estado, o mesmo se deve dizer dos actos dos juizes; nada influindo a circumstancia, de que estes ultimos independem da vontade do Chefe de Estado (*Herrschers*) na decisão dos pleitos. Igualmente não se justifica, o partir da diversidade das funcções publicas, para tirar argumento pró ou contra a responsabilidade do Estado.⁶⁵

A verdade destes conceitos dispensa adduzir mais razões sobre este ponto em particular.

55. — Encarando, agora, o *systema da distincção* entre actos de *gestão* e actos de *imperio* nos seus termos geraes, a dizer, como *criterio*, segundo o qual se possa affirmar ou negar, em principio, a responsabilidade do Estado, — muitas são ainda as considerações, que lhe podem ser realmente oppostas.

Innegavel como é, e aliás, desde muito tempo sabido⁶⁶, que na actividade da pessoa-Estado se comprehendem actos e factos, uns de character analogo ou mesmo identico aos das pessoas privadas, e outros que só podem caber áquella no seu character de poder publico; comtudo, esta só circumstancia não basta para servir de base a um systema, capaz de explicar o dever de justiça, que ao Estado cumpre guardar com os individuos em todas as suas relações reciprocas da ordem social e

⁶⁵ Piloty, ob. cit., p. 262-263.

⁶⁶ Vide: Mantellini, ob. cit., p. 38-40; Giorgio Giorgi, ob. cit., D. 115, *nota* 3.

juridica. Para simplificar o systema em questão, ou melhor dizendo, para mais recommendar a sua plausibilidade, vimos que se tem doutrinado, que ha no Estado duas pessoas distinctas, agindo de *per si*,— uma *civil* ou *juridica*, e outra *politica* ou *soberana*, aquella sujeita ás disposições do direito privado, como qualquer individuo particular,—e esta somente regida pelo *canon* do direito publico.⁶⁷

Entretanto, deixando-se de parte as pretensões do doutrinarmismo theorico, para attender, de preferencia, ao ensinamento tirado dos proprios factos, não foi difficil verificar, que não é possivel distinguir sempre por um *criterio objectivo*, no dizer de Palazzo, os actos do Estado-poder soberano, dos actos do Estado-pessoa civil; uma vez que os mesmos actos variam na historia com o simples caminhar da civilisação.⁶⁸

Em nenhum período historico determinado, seria licito manter praticamente esta distincção; porquanto actos, que pareceriam proprios do Estado-pessoa publica, se mostram por tal modo ligados aos que se poderia considerar, como do Estado-pessoa civil, que não fora possivel scindil-os, uns dos outros; e dahi a controversia e a confusão, em que se tem achado os sustentadores da dupla personalidade do Estado, quando procuram determinar as funções proprias de uma e de outra pessoa... Que o Estado seja uma pessoa civil (juridica), ninguem póde com razão duvidar, assim como, não se deve negar, que tambem o seja uma pessoa publica ou politica.

O que cumpre, porém, attender é: que isso significa, apenas, *duas faces ou caracteres distinctos* da sua actividade, e não a existencia de duas personalidades que, *contemporaneamente, possam ser, e não*

⁶⁷ Vide: Solari, *La Responsabilità della pubblica amministrazione*, p.18 sg.

⁶⁸ P. Palazzo, *Teoria della responsabilità civile dello Stato*, p. 42-43.

ser, no Estado⁶⁹. Capaz de aparecer no campo do direito civil e na esfera do direito publico, não é a função especial, que lhe dá a personalidade, segundo a qual, tenha de agir; mas, o campo do direito, no qual contrahe relações, é que estabelece, si o Estado, em dado acto, deve ser encarado, como pessoa civil, ou como pessoa politica; em outros termos: é a relação juridica, que surge entre o Estado e os outros entes, que determina a personalidade, sob a qual o mesmo se nos apresenta: *em uma relação do direito publico o Estado se mostra como pessoa publica, e em uma relação do direito privado, como pessoa civil ou privada*.⁷⁰

Isto quer dizer que, numa mesma função, o Estado pode figurar contemporaneamente (servindo-nos de alheia expressão) de pessoa civil e de pessoa politica, segundo os elementos de direito publico e privado, que concorram nos respectivos actos. O Estado, porém, não se *distingue* em duas pessoas, como se tem pretendido; subsiste, ao contrario, sempre um ente organico, indivisivel, qual é, e qual, logicamente, deve ser.⁷¹

⁶⁹ Palazzo, loc. cit, p. 44

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem. Vide: Vacchelli, *La Responsabilità Civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, p. 111 sg.—Milano, 1892.

— Solari, referindo-se á essa doutrina, a qual, alias, o mesmo confessa ter até agora dominado de maneira absoluta na escola e na jurisprudencia patria, se propôz demonstrar:—Que ella não corresponde, nem ás exigencias rigorosas da sciencia, entendido o Estado segundo a moderna concepção, nem ás exigencias da pratica;—Que nas mesmas obras e na mesma jurisprudencia, que a propugnam, se encontra a confutação de dita theoria, a qual, de resto, podia ser explicavel e justificavel no Estado antigo, mas, nao, no hodierno;—Que admittindo, muito embora, um poder discricionario do Estado e da Administração publica em geral,—este deve ser todavia contido em limites leaes preestabelecidos, quer dizer, que *“l'ente pubblico può rispondere dei danni ehe ai privati apporta senza trincerarsi nella comoda formola del JUS IMPERII ...”*

Para chegar ao fim proposto, o citado autor, depois de fazer breve indicação dos ensinamentos historicos sobre a concepção do Estado, e de resenhar os diversos pareceres dos escriptores, que se tem occupado particularmente da materia, bem como, dos varios *considerandos* da jurisprudencia, se julgou autorizado a tirar conclusões, que, a priori, não duvidara afflrmar, dizendo: “Os actos das administrações publicas, pela sua propria denominação, presuppõem o interesse publico, e por isso, ditos actos jamais *ad singularum utilitatem pertinent*; tem por *escôpo non il privato ma il publico utile*. De facto, continua elle, o seu character e a sua finalidade publica são indicados tanto pela

56. — Combatendo a doutrina, de que ora nos occupamos, o erudito Chironi fel-o de modo tão claro e preciso, que prestaremos, sem duvida, serviço ao leitor trasladando para aqui os seus proprios conceitos:

Due diffetì principali danno debolezza alla costruzione or descritta. Il primo è l'incertezza non vincibile di determinara con tratti netti, decisi, come si dovrebbe nelle costruzioni giuridiche la distinzione nella personalità e nella funzioni dello Stato, secondo lo si considera qual ente politico sovrano, oppure qual ente giuridico; per quali limite son separati i due ordini di funzioni? Dove termina il fine politico, comincia ramministrativo o giuridico privato? Lo Stato anche quando compie atti che paiono semplicemente giuridici, non perde la qualità a lui essenziale di ente politico: e pur quando assume intraprese non riferentisi per sè in modo alcuno ai suo potere di sovranità, ciò fa nell'interesse generale, perchè i privati da tale esercizio abbiano, con la maggior garanzia di esatta sollecitudine e sicurezza dei servizio, un vantaggio nei prezzi, perchè lo Stato non è

jurisprudencia *fautôra da distincção*, como pelos autores propugnadores dessa bipartição, taes por exemplo: *Grozio, Wolf e Vatel*, entre os antigos, e Giorgio e Bonasi, entre os modernos, os quaes reconhecem, que o Estado nunca opera *jure privatorum*; ainda que nem sempre se mostrem coherentes, ou accordes na propria essencia da doutrina; pois, em quanto Mantellini sustenta, que o Estado é sempre um ente publico, ou se trate de actos de governo ou de actos de gestão,—Bonasi e Giorgio, pelo contrario, opinam que, debaixo do ultimo aspecto, o Estado, como que se despoja das suas funções soberanas, para tomar as *vestes* de um particular. E' a mesma distincção pretendida por Santi Romano (*Principii di diritto amministrativo italiano*), segundo o qual, os actos do Estado se dividem era actos administrativos e *negocios* de direito privado. Como negar, porém, que os *negocios juridicos* do Estado não sojam tambem actos administrativos, sempre inspirados no bem publico? Porque modo distinguil-os dos *verdadeiros* actos administrativos? Com que criterio se devem differençar as duas categorias do actos? A autoridade não poderá, porventura, cair em erro,—desde que a interpretação dos actos não depende de uma norma fixa e determinada?

Se tem dito, que o *contracto* qualifica o acto administrativo de gestão: mas o *contracto* tambem não é estipulado no interesse publico?... Não se objecte, que si o fim que o Estado se propõe alcançar, é de interesse publico, taes não são os *meios*, a dizer, as relações contactuaes directas para effectuar dito fim, porque isso constituiria uma contradicção logica e patente, sabido, que os meios devem ter, certamente, a mesma natureza do fim... Alem disto, ajunta ainda Solari, a difficuldade de restringir absolutamente todos os actos publicos ás duas categorias indicadas, augmenta, sobretudo, em vista do desenvolvimento incessante da actividade do Estado e do admirável progresso das sciencias do direito publico...A esphera de acção e as funções e encargos do Estado moderno crescem cada dia, de modo que, muitos dos seus actos não se podem dizer, nem *exclusivamente* economicos, nem *exclusivamente* politicos."—SOLARI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Napoli, 1902.

speculatore: così avviene nell'amministrazione delle poste, dei telegrafi, dei trasporti ferroviari e marittimi. Lo Stato agisce nell'interesse di tutti e quando il suo provvedimento ha tal carattere non si può indagare s'egli abbia operato come ente *politica* od ente *giuridico*, senza venire in risoluzioni che "peccano non solo d'incertezza nei concetti, ma son contrarie all'essenza medesima dell'ente, che in nessun atto perde la sua qualità di ente politico: lo Stato ente *giuridico* e non *politico* non è più lo Stato, perché gli mancherebbe la ragion di sua esistenza.

Che in questa osservazione stia il maggior difetto della teoria, lo si rileva dallo stadio che si pone intorno la ricerca di una regola *certa* per cui rimangano esattamente definite e circoscritte la funzione politica e la giuridica. Ma s'ottiene lo scopo col definire l'entità politica per quella che comprende tutti gli atti di governo propriamente detti, gli atti compiuti in virtù del potere sovrano? Riman sempre a definire quali sono questi atti, e la difficoltà non soltanto non rimane vinta, ma neppure è smossa.

Nè per discernere con sicurezza l'indole dell'atto vale il suggerimento di osservare qual sia, non il suo fine *ultimo*, ch'è sempre l'interesse pubblico, ma il fine *prossimo*, avvertendo cioè, "se l'atto in questione debba essenzialmente compiersi dallo Stato, ovvero se lo Stato potrebbe rilasciarne l'esecuzione ai privati." Una tal ricerca esorbiterebbe assai dai limiti posti alle attribuzioni del magistrato, il quale dovrebbe negli ordini politici costituiti indagare sempre se il concetto ch'egli ha della sovranità vi corrisponda, e far così continuamente del diritto costituzionale dove soltanto è da applicare la legge; nè il compito più agevole riuscirebbe all'interprete, che darebbe diverso giudizio secondo l'idea ch'egli ha della maggiore o minor estensione delle attribuzioni inerenti al fine dello Stato.

D'altra parte, la ricerca à nessuna utilità approderebbe: perché se lo Stato eseguisce un atto che potrebbe compiersi da un privato, ciò non vuol dire che non lo abbia eseguito come Stato per considerazioni prevalenti di pubblico interesse; finalmente, distinguere un fine *prossimo* da un fine *remoto* è processo poco logico, perché ritenere che in ogni atto dello Stato esista il fine *remoto*, ossia l'interesse generale, è già ammettere la inscindibilità dell'entità *politica* della *giuridica*, è contraddire alla base stessa della coesistenza.

Che se anche fosse possibile la determinazione esatta, certa, delle due funzioni, con ciò non s'avrebbero ancora i termini

necessari per la giustificazione dei risultato cai s'entende nell'argomento che s'esamina. Perchè in materia di danno dato ingiustamente per colpa del funzionario, basta dire, a rendere non responsabile lo Stato, ch'esso avvenne nell'esercizio di funzione politica? S'entende che questa funzione è legittima fin - chè sia esercitata entro i limiti consentiti dalle leggi, nel qual caso l'azione è giusta; ma se il funzionario è, in *colpa* nell'esecuzione, se infligge danno al diritto dei privati, il fatto riman sempre ingiusto, ancorchè si tratti di eseguire atti giusti per sè.⁷²

— Tudo isto é tão logico, claro, e procedente, que nada mais será preciso dizer sobre o ponto, á que taes considerações se referem.

57. — ORGÃOS E FUNCIONARIOS OU PREPOSTOS. Parte integrante da theoria da *distincção dos actos do Estado* é igualmente, a que procura distinguir os seus funcionarios ou representantes em classes diferentes, no mesmo intuito de restringir a responsabilidade civil do Estado.

E' simples o enunciado desta nova theoria : "O Estado, como todo ente incorporeo, precisa, nas suas differentes manifestações da vontade, ser representado por agentes; e assim sendo, é-se levado pelos proprios factos a distinguir esses agentes em duas categorias, segundo elles *representam* o Estado - poder, ou o Estado - pessoa", isto é: precisa distinguir os funcionarios que *gerem interesses*, dos funcionarios que proferem resoluções e dão ordens aos particulares.⁷³

Estes ultimos são os *orgãos* do Estado, e como taes, investidos do poder de decisão e autorizados a fazer os actos de *administração*, propriamente dita, em nome do Estado; os demais são simples auxiliares na *gestão* dos serviços, agentes de preparação e execução de todas as

⁷² Chironi, *Colpa Contrattuale*, n. 216 sg.—Torino, 1897.

⁷³ P. Grivellé, *De la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion*.— Paris, 1901.

ordens; sendo, por isso, de considerável - os tão somente, como verdadeiros propostos.⁷⁴

Não ha, de certo, inconveniente algum no distinguir os representantes do Estado em *orgãos* e *funcionarios*, *prepostos*, etc. Segundo Chironi, a distincção serve para designar, quaes os funcionarios que tem a direcção geral da administração publica, ou de uma parte especial della, com discricção e independência, e quaes os que se limitam ao simples encargo de *executores* de ordens recebidas.⁷⁵

Mas dar á esta distincção o caracter de um systema, para, segundo a categoria do funcionario, declarar a responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado, pelos actos do mesmo, — é uma pretensão, manifestamente descabida, e fatalmente susceptivel de erros e incongruencias juridicas.

57 a. — Antes de tudo, é de notar a ausencia de um ponto: de intelligencia commum entre os fautores da doutrina, quanto aos proprios efeitos da distincção proposta.

Querem uns que o Estado, como poder soberano, se consubstanciando, por assim dizer, nos proprios *orgãos*,— de seus actos não pode, pela sua natureza especifica, resultar nenhuma responsabilidade para o Estado; enquanto que, dos actos dos *funcionarios* ou *prepostos*, pode resultar legitimamente dita responsabilidade, visto o Estado ter aqui a qualidade de verdadeiro committente.⁷⁶ Pretendem outros, que os *orgãos*, por isto mesmo que ordenam e decidem “*ex propria auctoritate*”, e tem, consequentemente, uma responsabilidade, *sua propria*, não *obrigam* ao Estado pelos seus actos culposos; ao passo que, o Estado, se *identificando* ou se

⁷⁴ Ibidem, p. 73-105.

⁷⁵ Chironi, *Colpa Contrattuale*, n. 210 bis.

⁷⁶ Grivellé, loc. cit—Cf. Chironi, loc. cit. n. 217.

confundindo com demais funcionarios, como seus *instrumentos*, deve, necessariamente, responder pelos actos lesivos destes ultimos.⁷⁷

— Ora, a fraqueza destas construcções theoricas se patenteia tamanha, que não vale a pena tomar o trabalho de combatel-as por uma argumentação directa e mais desenvolvida.

Já se disse, que a distincção dos representantes do Estado, entre *órgãos* e *funcionarios*, *empregados* e *prepostos*, nada tem de inconveniente, e agora acrescentamos, que ella pode mesmo significar uma necessidade da boa organização admnistrativa, sobretudo, em vista da ordem hierarchica, que é preciso guardar nas funcções de character contencioso; ella pode tambem ter a sua conveniencia, ou uma razão apreciavel, no apurar o grau da responsabilidade do Estado, em vista da discrição ou autoridade, maior ou menor, do agente do acto arguido; ou ainda, com relação á natureza do processo e condições differentes, pelas quaes se tenha de julgar da alludida responsabilidade e das suas consequencias, civis ou politicas.⁷⁸ Mas, recorrer á referida *distincção*, como criterio decisivo da responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado, sobreleva repetir, é cousa que, por forma alguma, se poderia admittir.⁷⁹

Em primeiro lugar, não se comprehende, porque razão ou fundamento juridico, deva o Estado responder pelos actos dos funcionarios que *representam* apenas uma parcella de poder ou uma função publica menos importante, e não dava fazer o mesmo pelos abusos daquelles, que agem immediatamente em seu nome, como verdadeiro poder publico, isto é, como si fora o proprio Estado... E'

⁷⁷ Gabba, Della responsabilitá dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nello esercizio delle foro attribuzioni (Foro Italiano, de 1881, p. 932 sg. e 952 sg).

⁷⁸ H. Bailby, De la responsabilité de l'Etat, p. 44 sg.: "Qu'il s'agisse d'organe ou de preposé, l'Etat peut être DIRECTEMENT ACTIONNÉ; on la droit à la volonté originaire dont l'acte emane ou est cersé emaner".

⁷⁹ Chironi, loc. cit., n. 221 sg.

evidente que, si as premissas de semelhante doutrina fossem aceitáveis, a conclusão lógica devia ser inversa, a dizer, devia levar, não, à irresponsabilidade do Estado pelos seus *orgãos*, mas a diminuir, senão, a fazer cessar, de preferencia, a responsabilidade do mesmo pelos actos dos seus *funcionarios-prepostos*.

Depois, por mais respeitável que seja o seu autor, não é possível conciliar incongruências da ordem que se segue... Pretende-se que o Estado não se transforma de conceito abstracto em ente concreto, senão, *“per opera dei funzionari”*, e consequentemente, a responsabilidade, *única, racional e possível*, é a dos funcionarios, a qual faz uma só coisa com a responsabilidade do Estado, *(come e perché in concreto lo Stato fa una sola e indiscernibile coi funzionari)*;⁸⁰ e, no entanto, ajunta-se logo em seguida,— que é preciso, não só, separar os funcionarios entre órgãos e instrumentos, como ainda reconhecer nos primeiros personalidades distintas, e, como tais, com responsabilidade sua própria, e não do Estado!⁸¹ Ao que observara com razão o prof. Chironi: mas, si o Estado se confunde com os funcionarios, não se deveria declarar a sua responsabilidade pelos actos dos funcionarios - instrumentos, que com elle *se identificam e se confundem*, e sim, pelos abusos dos funcionarios-órgãos, sujeitos capazes de uma personalidade própria.⁸²

Não é mister insistir sobre a inadmissibilidade de semelhantes doutrinas.

⁸⁰ Gabba, *Abusi dei pubblici funzionari e responsabilità dello Stato* (“Anuario Giuridico Sociale Politico”, de 1882, p. 532).

⁸¹ Loc. cit.—Cf. Chironi, loc. cit., ns. 217-224;—Bonasi, *La responsabilità dello Stato* (Revista Italiana per le scienze giuridiche, vol. I, Roma, 1886).

⁸² Chironi, loc. cit.—Este autor aprecia detalhadamente as contradições de Gabba, relativamente a theoria, de que acima se fez menção.—Cf. Loening, ob. cit., p. 11 e 106;—Michoud, *Revue du droit public*, cit. t. III, p. 419, etc.

— Simplesmente, para encerrar o presente capítulo, não podemos deixar de mais uma vez accentuar: quer a distincção, fundada na natureza especifica dos actos (*imperio e gestão*), quer a de funcionarios - *orgãos* e funcionarios - *prepostos* ou *instrumentos*, não servem para resolver, de modo satisfactorio, o problema da responsabilidade civil do Estado.

Para isto, mau grado, embora, dos que sustentam principio contrario, não ha, senão, uma só regra de boa razão e justiça, e é: dada a lesão de um direito individual pelos actos do *representante* do Estado, seja elle órgão ou outro qualquer funcionario, o Estado deve responder por ella;—a menos que, uma razão legal ou um principio preponderante lhe reconheçam, no caso, uma razão ou um direito superior de isenção. Eis aqui a bôa doutrina, simples, verdadeira e justa, como esperamos melhor demonstrar no capítulo seguinte.

CAPITULO IV

A Doutrina preponderante

58. — No material de informação, illustração e critica, até aqui predisposto e coordenado, se encontra com certeza o que de mais importante se tem escripto acerca da questão da responsabilidade civil do Estado pelos actos lesivos dos seus representantes: — a indicação das theorias ou systemas diversos, os fundamentos particulares, que os partidarios dos mesmos invocam, e os argumentos principaes de que se alimenta a controversia, a juizo dos autores mais competentes nos differentes paizes.

Mas, tudo isto não obstante, pareceu-nos, que não deveramos dar por encerrado o presente Titulo, sem fazer a *recapitulação* de certos pontos para, desfarte, deixar melhor assignalados, quaes os principios que effectivamente se mostram preponderantes na grande controversia.

Não pretendemos rever ou examinar de novo todas as considerações theoricas, todos os argumentos da critica ou factos concernentes, trazidos á discussão.

Tratando-se, todavia, no presente capitulo de *recapitular* argumentos e factos, não seria preciso advertir, que nos veremos na necessidade de fazer mais de uma *repetição* de razões e conceitos, que o leitor já conhece; mas estamos convencidos, de que, das *repetições* feitas advirá também maior claresa da critica e das conclusões controversas. De preferencia, vamos restringir - nos á trez questões principaes, de cuja solução depende sem duvida a de todo o assumpto. As questões, a que alludimos, são:

1) Donde a razão determinante ou o principio fundamental da responsabilidade?

2) Qual o direito, que deve reger os casos dessa responsabilidade ?

3) Qual o caracter da responsabilidade civil do Estado e os principios, que a delimitam ou a fazem cessar, supposta mesmo uma lesão dos direitos privados ?

I.— FUNDAMENTO JURIDICO DA RESPONSABILIDADE

58 a. — A razão ou fundamento juridico, capaz de crear para o Estado uma obrigação positiva de prestar indemnisação (é o que se chama responsabilidade civil) pelos actos lesivos de seus representantes ou funcionarios, se deve achar *essencialmente* nestes dous elementos conjuntos: a) no caracter do Estado e relação consequente que o liga ao funcionario; b) na lesão de um direito objectivo, apreciavel segundo á sua natureza e condições.

— Começamos por estabelecer, que o Estado é, antes de tudo, um sujeito de direito, uma personalidade essencialmente juridica. Os seus

direitos podem ser de caracter civil e politico, ou de natureza privada e publica; dahi a diversidade que se nota nas suas funcções; mas o ente subsiste sempre uno e indivisivel na sua *qualidade essencial* de pessoa juridica. Já sabemos que, em geral, se costuma dizer, que o Estado é pessoa juridica e pessoa *politica*, dando ao ultimo qualificativo uma significação, senão *opposta*, certamente, differente da do primeiro. Isto vem de dous elementos tradicionaes, subsistentes no pensamento e na linguagem dos autores: 1º a presupposição de que a ordem juridica se refere somente ás relações e factos de natureza privada, isto é, regidos pelo canon do direito civil; 2º a força de reminiscencia, ainda predominante nos espiritos, da concepção antiga do Estado, que faz ver nelle um poder incondicional, irresponsavel...De maneira que, mesmo agora, depois de recebido e preconisado o novo dogma do Estado de direito (*der Rechtsstaat*),—ainda assim, se procura manter para o mesmo, embora á sombra de distincções, mais ou menos subtis, ao menos em parte, a sua antiga omnipotencia, a velha doutrina da sua irresponsabilidade.

Diz-se: o Estado não é pessoa juridica somente, elle é tambem um poder politico, soberano, *fora* ou *acima* da ordem juridica.

Mas como, perguntamos nós? Pois num ente de direito, "*Rechtsstaat*", ha algum poder ou força, que escape aos principios ou ás regras do direito? A idéa moderna do direito, de certo, não se compadece com o imperio de taes anomalias.

E aliás, no proprio direito antigo já estavam consagrados os bons preceitos, que são a razão e vida do proprio direito: "*Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*".

Fazer o que é licito ou legal,— não offender a outrem,— dar a cada um o que é seu; eis ahi os preceitos do direito, que cumpre a todos observar, ou se trate de pessoa particular ou de pessoa publica. E nada

obsta dizer: “*qui suo jure utitur nemini laedit*”; porque no uso do mais incontestável direito, como é, por exemplo, o direito de legítima defesa, se pode lesar o direito objectivo de outrem, e daí a necessidade de prestar-lhe uma reparação, ainda que, somente limitada...

Esta pretensão de subtrair o Estado, pessoa jurídica e de criação humana, como as demais, à responsabilidade relativa à certa ordem de actos, obedece ainda, como dissemos, à concepção histórica do Estado - *policia* ou Estado - autocrata da antiguidade; mas semelhante concepção é evidentemente incapaz de explicar o Estado democrático moderno, o qual é *essencialmente* um sujeito de direito. Ele é hoje, como os indivíduos, um ente responsável dos próprios actos.

Não se nega, que assim como os indivíduos, no uso de certos direitos, guardados os limites postos na lei positiva, se podem considerar irresponsáveis *erga omnes*; assim também, o Estado, no uso de certos poderes ou direitos discricionários, guardada a extensão que a sua lei fundamental lhe reconhece, pode ou deve ser tido igualmente, como irresponsável. Fora disto, porém, a sua responsabilidade deve ser a regra, como se diria de qualquer outra pessoa, *physica* ou *juridica*.

Conforme aos princípios modernos, o direito é, para os povos civilizados, a *regra geral* de conduta de todas as pessoas singulares ou colectivas, públicas ou privadas, seja qual for o aspecto de extensão e poder, pelo qual se manifestem na ordem social. O que, aliás, diremos também desde já, não exclui, por modo algum, as regalias, isenções e privilégios, que devam, por ventura, pertencer ao Estado, em vista dos seus grandes fins, como poder supremo da colectividade.⁸³

⁸³ Precisamos insistir neste ponto.—É descabida a pretensão de que o Estado-ente-político deixa de ser, ao mesmo tempo, ente-jurídico ou sujeito de direito. Não há duas pessoas diferentes no Estado, mas, tão somente, duas junções, que se consideram distintas, numa só e mesma entidade. Si é certo, que o representante do Estado-ente-político pode ser irresponsável pelos seus actos, isto é, não sujeito à coerção de outro

58 b. — Como toda pessoa jurídica, o Estado precisa inevitavelmente de pessoas físicas que, como *órgãos, funcionários*, ou debaixo de outro qualquer título, manifestem a sua vontade e os actos consequentes desta; e como o que se oferece á observação commum, é a direcção ou execução de serviços por pessoas físicas em *nome* e por *conta* de outrem, não se póde desconhecer, que o vinculo existente entre o Estado e os seus funcionários é de natureza analoga aos institutos do *mandato* e do *institorio*,⁸⁴ consagrados no direito privado. Entretanto, a despeito dessa analogia, nem o *mandato* nem o *institorio* seriam capazes de explicar a relação, que se dá entre o Estado e o funcionario; o instituto capaz de fazel-o é o da *representação*, a qual se differencia dos dous primeiros por mais de uma razão. Em primeiro lugar, o *mandatum* e o *institorium* se constituem pela vontade livre do *mandans* ou do *dominus negotii*, em contrario do que succede com a *representação*, que resulta, como *necessidade*, da propria natureza do *representado*, isto é, da qualidade especifica da pessoa jurídica. Depois, o funcionario publico,

poder, como se dá a respeito do corpo legislativo, isso não quer dizer, que o Estado tambem seja por isto *sempre* irresponsavel por semelhantes actos. Segundo já vimos, a propria lei, dada a sua execução, e provado, que ella envolve uma lesão de direito, pode constituir uma obrigação contra o Estado de indemnizar a lesão feita. Portanto, deste ou daquelle modo, qualquer que seja a função do Estado, é preciso ver sempre nelle um *ente juridico por excellencia*, o mais elevado órgão do direito da conectividade, a qual se corporifica no mesmo.

— Referindo-se á objecção dos que pretendem, que as obrigações do Estado são de natureza simplesmente moral, por não poder haver contra o mesmo uma coerção judicial, Zachariae faz ver que o conceito do direito não se contem somente nesta coerção. Si assim fosse, tambem não haveria um direito de Estado (*gar kein Staatsrecht*); mas, apenas, uma moral de Estado (*Staatsmoral*), não passando as suas "constituições" de catechismos de deveres para com o proximo (*von s. g. Liebespflichten*). O autor, porém, sustenta ao contrario, que a relação entre o Estado e os seus membros, entrando no conceito do direito, e como tal se exteriorizando, envolve obrigações subtrahidas ao arbitrio ou á boa vontade; e que supposto o subdito nao possa, em muitos casos, proseguir nos seus direitos por maneira coercitiva em vista da natureza do Estado;—comtudo, isso nao dirime o seu direito de reclamação pecuniaria (*vermögensrechtliche Ansprüche*),—a qual se pode fundar nos simples preceitos do direito privado, quer tenha ella uma origem *stato-juridica*, quando resulta de um acto de poder publico, quer se baseie, por si mesma, num principio de identica natureza.—Ob. cit, ps. 614-615.

⁸⁴ Para abreviar, diremos institorio, em vez de relação insiitoria. Não mencionamos tambem a *locação de serviços*, porque, segundo se tem entendido, ella nao é mais, do que uma das formas do *mandato remunerado*, do mesmo modo. que a *comissão* é uma especie de *institorio* (*Inst. Justin. L III, tit. XXVI, § 13*).

sabidamente, não é um *procurador*, *commissario* ou *preposto* de certo negocio ou operação, segundo os poderes particulares que lhe foram outorgados por outrem:— os poderes que elle tem ou exerce, não os recebera directamente do *representado*, embora deste recebesse o titulo (a *nomeação*), e sim, da propria lei, regra obrigatoria de conducta para ambos. A representação tambem se particularisa pela maneira, porque se forma a vontade do representado, como mais adiante se verá.

Do facto, patente, indiscutivel, de que o Estado só se manifesta, quer, delibera, e funciona, pelos actos de seus representantes ou funcionarios, tambem não é licito affirmar, como fêz Saredo, que o funcionario não é o *representante*, nem o *mandatario*, nem o *commissionado* do Estado, mas o proprio Estado em acção, ou na sua propria linguagem:

“o ministro é o Estado que governa, o prefeito é o Estado que administra; o magistrado é o Estado que exercita a *jurisdição*; o intendente de finança é o Estado que arrecada e paga; o professor é o Estado que ensina; em menos palavras,—o funcionario não é um individuo, é uma função”.^{84.a}

E’ evidente, que si esta fosse a verdade, a unica consequencia logica a tirar seria, irrecusavelmente, a de que o Estado é o unico responsavel por todos os actos, legaes ou illegaes, licitos ou illicitos, praticados pelo funcionario, cuja *individualidade* desaparece. No entanto, o illustre autor, apezar da sua concepção *tão radical* acerca da relação existente entre o Estado e o funcionario, não duvidou, ao contrario, distinguir os actos deste, entre os “*jure et non jure*”, para, dest’arte, declarar os primeiros, como actos do Estado, e os segundos, não; porque, adverte elle, nestes é o individuo, e não mais o funcionario,

^{84.a} Giuseppe Saredo, *La nuova Legge sulla Amministrazione comunale e provinciale*, n. 1493. Torino, 1892.

que tem violado a lei, que lhe cumpria observar, e portanto, pelo mesmo deve responder somente, como por um facto seu proprio!⁸⁵

Nem as premissas, nem a conclusão do autor são verdadeiras, e, por isto, incapazes da menor procedencia. O Estado não se confunde com o individuo, que o *representa*, nem tão pouco, é uma simples abstracção. Como toda pessoa juridica, tem uma existencia real, (p. 59); é uma organização necessaria a vida dos povos, que se revela pelo complexo dos poderes que o constituem, e pela acção e funcções constantes desses poderes. Portanto, sem á necessidade de nenhuma demonstração especial acerca daquillo, que todos conhecem, sabem e sentem, se pode affirmar que o Estado é uma *entidade propria, perfeita, distincta* dos individuos, por meio dos quaes delibera e age nas suas multiplas relações.⁸⁶ Com effeito, o Estado, que dieta as leis, que nomeia os seus funcçionarios, e lhes marca os limites das respectivas attribuições,— não se pode, em verdade, *confundir* com os individuos, que elle autoriza a agir na qualidade de seus representantes; e supposto que o acto do *representante*, como tal, deva ser considerado, como acto do *representado*, comtudo, este subsiste, como *personalidade distincta*, em relação aos terceiros.⁸⁷ E é precisamente nisto, accentúa Chironi, que consiste o instituto da *representação*, a qual, bem comprehendida na sua essencia, no seu alcance e effeitos, faz cessar todas as dificuldades, occorrentes na explicação da responsabilidade do Estado pelos actos dos seus funcçionarios;— dispensando, consequentemente por inuteis, os systemas das chamadas distincções, ora dos actos segundo á sua natureza (p. 146), em actos de *gestão* e *actos de imperio*, ora dos agentes, em órgãos e funcçionarios ou instrumentos (p. 260). A figura da *representação* nada ofierece de difficil, sendo, como é, a simples explicação natural dos proprios factos, que todos reconhecem: a vontade

⁸⁵ Loc. cit., n. 1494.

⁸⁶ Vide: Chironi, *Colpa Contrattuale*. n. 225 e sg.

⁸⁷ Loc. cit.

do representante se compenetra da vontade do representado, e por isso, nas relações que contrahe, nos actos que effectua, é sempre este ultimo, quem age; a vontade do representado apparece na vontade do intermediario, e por isso, os terceiros, nas relações com este, *o obrigam*, e *se obrigam*, directamente com aquelle. Pelo que, dizendo-se que o acto do funcionario é acto do proprio Estado, affirma-se realmente, o que ha de mais exacto,—considerando-se o acto do representante, como acto do representado. Mas inferir dahi a *confusão* das vontades e das pessoas, no intuito de significar que só existe o representante, “é um *resultado excessivo*, e *repugnante* á razão juridica da *representação*”⁸⁸; além de que, se cairia, desde logo, na contradicção manifesta de suppor-se um *representante*, agindo em nome de outro, sem, entretanto, haver um *representado*!...⁸⁹

Já o declarámos, e ainda agora insistimos, que o instituto da representação deve aqui ser entendido na verdadeira significação, que lhe é strictamente propria e peculiar.

58 c. — Não se ignora que a palavra “representação”, tomada na sua accepção commum, exprime a relação, em que um individuo age por outro, fazendo-lhe ás vezes em dado fim ou mister; e neste sentido, tanto o mandatario ou proposto, como o curador, o tutor, etc, são considerados *representantes*. Mas não é desta accepção geral ou commum, de que ora se trata, porém, sim, da significação especial ou technica, que lhe deve caber, para o fim de particularisar um instituto juridico, que não tem no direito positivo nenhum outro qualificativo, que seja capaz de exprimir-o.

REPRESENTAÇÃO é o modo não *voluntario*, mas necessario, de exprimir a vontade e de agir em nome de outro, que não pode ou é

⁸⁸ Chironi, loc. cit., p. 517.

⁸⁹ Vide: Ibidem, p. 482-83.

incapaz de fazel-o por si mesmo. Tal o caracter da *representação* das pessoas juridicas, sejam de caracter publico ou privado. E' uma *necessidade*, que entra na constituição da propria pessoa; e alem disto, emquanto nas representações comuns do *mandato* ou do *institorio*, o representante é um órgão, por assim dizer, *passivo*, porque recebe a vontade expressa do representado, que lhe cumpre executar; na representação especial da pessoa juridica, pelo contrario, elle é um órgão *activo*, a quem compete formular e exprimir por si mesmo a propria vontade do representado, não sendo, por conseguinte, *adstricto* como o *mandatario* e o *preposto*, a fazer, somente, certos negocios ou actos, nomeadamente designados, e sim, podendo agir igualmente em casos diversos, *indeterminados*, as vezes mesmo, não previstos, desde que ocorram na esphera da sua competencia, directamente recebida da lei. Este modo de ver sobre a *representação especial* da pessoa juridica confere com a lição seguida por Grierke a esse respeito.⁹⁰

Pode-se sem duvida fallar tambem aqui, diz Grierke, de uma representação (*Vertretung*), visto como o órgão não é a corporação (associação), e apenas, funciona em determinada esphera, como instrumento da unidade essencial immanente no organismo social. Mas esta relação representativa é *especificamente differente* de qualquer outra imaginavel entre as pessoas individuaes; quasi não tem modelo fora da esphera das pessoas collectivas...

⁹⁰ Quaes são os *representantes* do Estado? Todos aquelles que, em virtude de titulo legitimo, exercem um poder ou parcella de poder publico, ou desempenham uma funcção ou serviço do Estado. Uns tem e exercem esse poder ou funcção em primeira linha sem dependencia hierarchica, e por isto, sao chamados *órgãos* (nota 13, p. 101); outros tem e exercem o seu poder ou funcção, por nomeação ou investidura directa dos primeiros, ou já de outros, dependentes daquelles: são os diversos funcionarios, agentes e prepostos dos varios serviços nos seus differentes grãos e hierarchias. Como se vê, a questão é de esphera ou de grão, maior ou menor, do respectivo poder ou funcção; mas, na analyse do facto, todos elles *representam* o Estado, embora parcellarmente, nas attribuições ou serviços que desempenham. E daqui tambem a razão, pela qual o Estado deve responder pelos actos de todos elles, os quaes sao, nada mais, nada menos, do que os elementos essenciaes da sua propria existencia.

Designando a representação de uma pessoa individual pela denominação de "*Stellvertretung*", e a da pessoa colectiva pela de "*Organschaft*," Gierke assignala, que a vontade e a acção da sociedade se manifestam, como comprovação vivida (*als Lebensbethätigung*) da personalidade immanente no ser colectivo, a qual só se torna *effectiva* na ordem juridica, por meio do seu órgão externo, nomeado conforme o direito...Ao contrario do que succede nas demais *representações*, o ser colectivo tem em cada *órgão* um pedaço de si mesmo; como personalidade *volente* e *agente*, elle se envolve inteiramente no seu proprio órgão: e como *um todo*, é representado pela parte, do mesmo modo, que é por ella, que se torna *effectiva* a vida unificada do todo.

Das Gemeinwesen besitzt vielmehr in jeden Organ ein Stück seiner selbst, —es deckt sich als wollende und handelnde Persönlichkeit vollkommen mit dem dabei fungirenden Organ,—es wird als Ganzes durch den Theil insoweit dargestellt, als eben durch diesen Theil das einheitliche Leben des Gemeinwesens sich vollzieht.⁹¹

Donde resulta que, no circulo da actividade do órgão, que é o proprio da pessoa juridica, é esta quem, pelo seu órgão, quer e age; assim como, consequentemente, o que antes de tudo, é indispensavel á pessoa juridica, é a coexistencia de um órgão legal da mesma. De facto, este é creado, como parte integrante, na propria constituição da pessoa juridica; e, desde que é uma modalidade permanente do proprio ser, deve ser considerado um instituto particular de toda associação juridicamente organizada (*Jedes Organ ist als ständige Daseinsmodalität eines rechtlich normierten sozialen Körpers ein besonderes Rechtsinstitut*). Fora dahi se póde dar um contracto de commissão, de mandato ou de locação de serviços, mas, nunca, a constituição de um órgão (*niemals aber eine Organstellung*).⁹²

⁹¹ Gierke, *Die Genossenschaftstheorie*, p. 623-625.

⁹² E' de advertir, que Gierke usa da palavra—*órgãos*, para designar os diversos representantes da pessoa juridica em geral, cada um, segundo a sua competencia, e

Não é mister insistir sobre este ponto; porque a verdade, que nelle se contém, assenta em razões irrecusaveis. Mas, precisamente, por assim pensar, não podemos deixar de fazer, ainda que de passagem, um breve reparo sobre certas afirmações intercorrentes do prof. Chironi, á cuja autoridade, aliás, já nos temos tantas vezes abrigado.

De inteiro accôrdo com as suas idéas, afirmando que *“nell’azione dei rappresentante s’impersona il rappresentato che lo HA POSTO IN SUA VECE E LUOGO, in modo da doversi ritenere opera propria quanto quetto faceva nei limiti delle incumbenze ricevute, e dichiarate; e però nei rapporti costituiti dal rappresentante domina la sola persona del rappresentato, contro il quale può essere direttamente istituita ogni azione di responsabilità per danno”*; todavia, não nos é possível acompanhá-lo, quando elle, em vez de firmar-se, de preferencia, na representação, como instituto distincto per se, ao contrario, persiste em doutrinar que as figuras do mandato, do institorio ou da locação, serão capazes de explicar a relação entre o Estado e o funcionario nos diferentes casos. Com effeito, segando Chironi, quer o funcionario se ache nas condições de *“rappresentanza vera o propria”*; quer nas de simples *“rappresentanza in genere”*⁹³, a sua relação é, em certos casos, a do *mandato*, e em outros, a da *locação* de serviços; mas, em qualquer hypothese, tratando-se de responsabilidade pelas culpas de seus

não, como uma especie distincta de funcionarios da mesma.—Ob. cit., p. 686 sg.; Hic, p. 49 *nota*.

— Michoud também entende, que se podem designar os representantes da pessoa juridica pelo nome de *orgãos*, comtanto que se marque bem a differença entre estes órgãos e os da pessoa physica. Nesta, diz elle, não é o *órgão*, é a propria pessoa, que tem a vontade e a intelligencia, o órgão é apenas o seu instrumento passivo. Na pessoa moral (juridica) succede precisamente o inverso: não é a pessoa, é o órgão, quem quer e age, e este órgão é elle proprio uma pessoa. Donde esta consequencia: que, para attribuir-se a sua acção ao ente moral representado, e não a si proprio, precisa escolher, entre os seus actos, os que lhe cabem, como *pessoaes*, e os que devem ser attribuidos a outrem.—*Revue du Droit Public*, t.III, p. 416 sg.; Idem, *La Notion de personnalité morale*, p. 62-63.

⁹³ Chironi, *Colpa Contrattuale*, ns. 210 sg. e 227. Hic, á pagina 148, se disse, quando se dá uma e outra dessas representações.

representantes, o Estado tem a figura de committente, e os seus funcionarios a de *preposti (commessi)*, que agem dentro dos limites das attribuições que lhes foram conferidas....⁹⁴

Não obstante o valor da autoridade, que assim o affirma, e de outras não menos valiosas nos dominios da sciencia juridica,— não nos podemos submetter; porque a lição da theoria não confere com a verdade do facto. As relações do mandato e da locação de serviços, consagrados no direito privado, não bastam, certamente, para explicar a relação juridica especial que se dá entre o Estado e o funcionario. E' uma relação *sui generis*; e por isto mesmo requer um instituto, que lhe seja peculiar; e este, segundo ficou demonstrado, é o da representação.

58 d. — A vantagem de particularisar a figura da representação, como instituto especial, é manifesta. Cessariam no todo as incertezas, que a *aplicação analogica* de outros institutos (*mandato, comissão, etc.*) acarreta inevitavelmente, no exame e solução dos casos differentes; porquanto, uma vez bem definido e comprehendido o conceito da relação, que se dá entre o representante e o representado-pessoa juridica; isto é, firmada a regra, de que todos os actos do primeiro são de considerar actos do segundo, desapareceria tambem a necessidade de *indagação previa da culpa*, fonte sabida das maiores dificuldades. Os factos licitos ou illicitos dos representantes são actos do representado, eis a regra geral. Dir-se -ha, que ba nisto uma ficção, mas, como bem se advertira, é uma ficção que está na representação; e nem essa se dá realmente, si se pensar que, o attribuir ao representado a acção do representante, como tal, é a explicação do conceito juridico, que se

⁹⁴ Como se vio, Meucci professa igual doutrina.—*Diritto Aministrativo*, p. 264 sg.;—Hic, p. 189.

contém no instituto, affirmativo da possibilidade jurídica de querer, de modo, que a vontade propria seja juridicamente a vontade de outrem.⁹⁵

Trata-se de uma construcção, aliás admittida com relação á responsabilidade das pessoas juridicas em geral; consequentemente, tambem applicavel ao Estado, no caso, em que lhe deva caber a responsabilidade civil pelos actos de seus representantes. A circumstancia de os funcionarios terem funcções e poderes differentes, nada impede que todos elles sejam representantes do Estado nos limites dos seus cargos ou attribuições.⁹⁶

A *representação*, encabeçada no funcionario, é em tudo analoga, quasi identica, á que compete ao tutor, curador e outros representantes de character semelhante, ainda que *differençavel* nos modos de exercicio, ou nos poderes, faculdades e privilegios, maiores ou menores, segundo a qualidade do representante; porquanto aquellas especies de representação resultam, como a da pessoa juridica, não da vontade exclusiva do representado, mas como necessidade, das condições particulares da pessoa deste, sob a sancção immediata da lei.

Finalmente, desde que o acto do funcionario ou representante do Estado é como si fora acto do proprio Estado, fica tambem assim determinado, de maneira concludente, o elemento subjectivo da responsabilidade do ultimo pelas lesões resultantes dos actos do primeiro.

Resta - nos, agora, tratar do segundo elemento (*elemento objectivo*) de dita responsabilidade.

58 e. — O objecto da *lesão* deve ser um direito individual, na verdadeira significação desse vocabulo; um simples interesse, ou, mesmo,

⁹⁵ Chironi, *Colpa Extracontrattuale*, n. 236. Torino, 1903.

⁹⁶ Chironi, loc. cit.—Cf. Windscheid, ob. cit., §§ 73-74.

o chamado *direito em expectativa*, embora realmente prejudicado por actos da administração publica, não pode constituir o objecto em questão.

Nem sempre será facil affirmar, que um acto do poder publico ou do funcionario seja uma violação indiscutivel do direito individual; mas o criterio no caso não deve ser outro, senão, o da existencia de um *direito objectivo adquirido*, e, como tal, reconhecido na lei vigente. Quer dizer, como *direito adquirido* só pode ser entendido aquelle, cujo sujeito possa fazel-o valer ou reparar por um remedio legal, tambem existente.⁹⁷

Isto posto, entramos, desde já, no ponto principal da controversia, a saber: si, dada a *violação* de um *direito* individual, verdadeiramente assim considerado, este só facto basta para constituir o segundo *elemento concorrente* da responsabilidade civil, independentemente da *condição de culpa*, aliás, declarada necessaria, segundo os principios do direito privado.

Certo, o criterio determinante da responsabilidade em direito privado consiste na condição de o individuo haver agido fora da esphera do proprio direito: “*qui suo jure utitur nemini injuriam facere videtur*”;— donde a distincção conhecida entre *damno juridico* e *damno material*.

Semelhante criterio, porém, não duvidariamos antecipar, não pode ser applicavel aos actos da administração publica; porque os motivos, que levam a indemnisar os danos provenientes de taes actos, se derivam de outras fontes, como por exemplo, das razões de equilibrio social do bem estar commum, e que se, não podem, de modo algum, coordenar nessa distincção do direito civil entre *damno material* e *damno juridico*.⁹⁸

⁹⁷ Chironi, ob. cit., n. 231.

⁹⁸ Vacchelli, La responsabilità civile della pubblica amministrazione, p. 150 seg.—Milano, 1892.

Não é que, considerando-se este, como *damno resarcível*, e *aquelle*, como *não-resarcível*, diz Vacchelli, também não possa haver, pelo que respeita aos actos da administração, um *damno* jurídico e um *damno* material; mas uma tal separação se deveria fazer segundo criterios totalmente diferentes. Desde que no *damno*, praticado pelo representante do Estado, não é essencial verificar si *aquelle* agira, ou não, dentro da esfera do direito, para então decidir da responsabilidade, por ventura, cadente sobre o Estado, deixam de ter applicação ao mesmo as disposições relativas á *culpa* e ao *dolo*, e que formam, por assim dizer, o esqueleto da responsabilidade civil ordinaria. De facto, acrescenta o citado autor, as indagações sobre as condições da voluntariedade do facto e sobre a conformidade da vontade com a lei tornam-se accessorias, quando a razão da responsabilidade se origina de um principio objectivo, isto é, da *existencia do damno*, o qual, por motivos de equilibrio e de justiça distributiva, se mostre, realmente, digno de ser reparado.⁹⁹

A voluntariedade, ou melhor dizendo, a relação de *causalidade*, que liga o acto da administração á consequencia determinante do *damno*, póde servir, talvez, para distinguir a responsabilidade *propria*, da *impropria*; mas é no todo evidente, que o motivo especifico da indemnisação não reside nesta condição. Consequentemente, é licito repetir que, emquanto a responsabilidade ordinaria procede *potencialmente* das condições subjectivas do agente e estende-se depois, mais ou menos, ás segundas das condições (objectivas) do *damno*, efectivamente causado; a responsabilidade civil da administração publica ou Estado, pelo contrario, parte das condições objectivas do *damno*, e chega indirectamente ás condições subjectivas da responsabilidade o a imputabilidade.¹⁰⁰ De modo que, segundo as razões expostas, e pela analogia que se observa entre a responsabilidade administrativa e a funcção reparatoria, se podia dizer que a indemnisação,

⁹⁹ Loc. cit., p. 152.

¹⁰⁰ Loc. cit., p. 153.

por parte da administração pública, também se dá, sem o concurso da voluntariedade, e pela só condição de haver um dano verificado; ao passo que a vontade e a consciência do facto são *condições necessárias*, para que se possa cogitar de indemnização na responsabilidade de direito commum. Sendo, portanto, igualmente de concluir que, enquanto na responsabilidade civil ordinária a base, que prevalece, é de força subjectiva; ao invés, na responsabilidade civil específica da administração pública ou do Estado, o que prepondera, é o carácter objectivo da mesma responsabilidade.¹⁰¹

— Tal, é o modo, claro, lógico, e preciso, pelo qual Vacchelli encara a questão da responsabilidade do Estado: o seu ponto de partida é, como se deduz da sua exposição, a *causalidade* do acto, e não a *culpabilidade*, ainda que esta última possa concorrer com a *primeira* em diferentes casos.

Por nossa parte, aceitamos esta doutrina, como ensinamento de toda razão e justiça na matéria.

58 f. — Nem de outro modo, ajuntamos nós, se poderia cogitar seriamente de uma responsabilidade civil do Estado, affirmada com o valor de um princípio jurídico. Ninguém ignora que o Estado pelos amplos poderes, de que é institucionalmente revestido em atenção á diversidade dos próprios fins, pôde lesar os direitos dos individuos, não só, por actos exorbitantes das normas legais, mas ainda, sabidamente, se conservando dentro dellas, ou mesmo, procedendo rigorosamente de accordo ou em cumprimento das próprias leis... Mas, só porque as *lesões* da segunda especie são provenientes de actos legítimos ou praticados sem culpa, isto deverá importar para o Estado a não - obrigação absoluta de indemnizar taes lesões? Não pôde ser; seria violar abertamente a regra fundamental da justiça.

¹⁰¹ Ibidem.

E porque sustentar essa theoria em *principio*, como tantos outros tem feito, quando ella é a todo momento repudiada, cada vez mais, pelos exemplos frequentes da pratica? O Estado, seja - nos licito repetir, não lesa somente os direitos dos individuos, por meio de actos *illegaes* ou *illicitos* dos seus representantes; elle os póde lesar igualmente no exercicio de inteira legalidade: *a)* quando pratica desapropriações por utilidade publica; *b)* quando adopta e executa medidas, as mais legitimas, de segurança publica, defesa sanitaria, e semelhantes; *c)* quando ordena a detenção de individuos suspeitos de crimes; *d)* quando ordena a apprehensão ou sequestro de bens ou valores, e os faz guardar em depositos publicos ou particulares; *e)* quando faz executar obras publicas necessarias aos seus fins diversos; etc, etc. Ora, não é preciso insistir que, destes e de outros actos semelhantes, se póde originar lesões, as vezes gravissimas dos direitos individuaes. Mas, si para que recaia sobre o Estado a obrigação de reparal - as, fosse sempre *necessaria* a condição concorrente da illegalidade do acto ou de uma culpa *subjectiva*; melhor fora declarar, desde logo, a não - possibilidade dessa obrigação. ..

Ainda que fundando-se em razão differente, a dizer, que o Estado, sendo uma pura abstracção, não pode estar em culpa, L. Duguit afflrma entretanto, que no direito moderno não ha correspondência exacta entre a responsabilidade civil e a culpa, exprimindo-se , a esse proposito, pela maneira seguinte:

“La theorie de la responsabilité tend de plus en plus á se resumer en cette proposition: lorsqu'un acte, accompli en vue du but auquel est affecté un certain patrimoine, produit une diminution de valeur dans un autre patrimoine, l'équilibre doit être rétabli, le patrimoine affecté au but en vue duquel l'acte était accompli, doit supporter une diminution equivalente à celle que l'acte a occasionnée à l'autre patrimoine, et celui - ci doit recevoir le montant de cette diminution. Ainsi la notion de faute personnelle disparaît peu á peu du domaine de la responsabilité civile, pour faire place aux notions du but e de risque...Nous n'avons point à rechercher dans quel cas l'Etat est responsable. Mais, supposé qu'il soit responsable, la cause

de cette responsabilité ne peut' être une faute. Toutes les controverses, que se sont élevées sur le point de savoir si les fautes commises par les agents de l'Etat peuvent être considérées comme fautes de l'Etat, toutes les theories qui veulent distinguer suivant que la faute est commise par un organe ou préposé, et, suivant les cas, parlent d'une responsabilité directe ou d'une responsabilité indirecte de l'Etat, sont sans objet et sans portée. Il n'y a pas lieu non plus de distinguer, comme on le fait cependant á peu près unanimement, les cas où, aucune faute n'étant commise, les agents de l'Etat ont agi régulièrement dans les limites de leur compétence, et ceux où une faute a été commise par un agent. Si l'Etat est responsable, le fondement de cette responsabilité doit être toujours le même; il ne peut être que celui - ci: lorsqu' un acte, accompli en vue du but que poursuit l'Etat et auquel sont affectés les biens composant ce qu'on appelle le patrimoine de l'Etat, produit pour une cause quelconque une diminution dans la valeur d'un patrimoine affecté á un but individuel, il faut que cette diminution soit réparée sur le patrimoine de l'Etat. Cette idée générale recevra forcément, dans l'application, une série infinie de variations; mais elle forme toujours le principe essentiel sur lequel doit reposer la responsabilité de l'Etat. Il serait facile de montrer que les décisions de la loi et de la jurisprudence françaises se conforment de plus en plus á cette conception.¹⁰²

58 g. — Nesta breve transcrição se contém realmente toda verdade sobre a questão no seu actual momento. Della se vê que, em se tratando da responsabilidade civil do Estado ou de outra qualquer administração publica, a lesão do direito objectivo, devidamente verificada, pode ser admittida, como *razão determinante* de dita responsabilidade, sem indagar *previamente* da condição concorrente de ilegalidade ou de culpa por parte do respectivo agente.

Esta theoria, que cada dia mais prepondera, é a unica capaz de offerecer razão ou argumento, sobre o qual se possa apoiar a *acção*

¹⁰² L. Duguit, *L'Etat, les gouvernements et les agents*, p. 635-36.—Paris, 1903. Cf. Saleilles, *Les accidents de travail, et la responsabilité civile*.— 1897; Bonnier,— *L'évolution de l'idée de responsabilité*,—1898; Hauriou, *Droit Administratif* (edic. de 1900), etc, etc.

extraordinariamente crescente do Estado moderno, sem, por isso, serem sacrificados os direitos dos individuos particulares.

Não se nega, que a culpa do agente deva concorrer em determinadas especies, como *elemento indispensavel*, para ter logar a responsabilidade civil. O que combatemos, e por certo não admittimos, é, que a culpa seja *sempre* condição *necessaria*, para que se possa cogitar da responsabilidade civil do Estado. No mais, somos dos primeiros a reconhecer, não só, que ha actos positivos dos funcionarios, que só serão susceptiveis de responsabilidade, havendo culpa por parte dos mesmos, como notadamente,— que, nos casos de omissão, si não se provar uma culpa concorrente do funcionario, semelhante responsabilidade devera ser totalmente excluida.

Quando se tem entre os olhos um acto positivo, dos proprios e efeitos deste se verifica, si houve realmente a violação de um direito individual, e de nada mais ha mister, para examinar o caso e apurar delle a responsabilidade do agente, que o praticou, directamente por si ou por intermedio de outrem.

Na omissão, porém, a cousa é sabidamente diversa. Não ha uma violação positiva por meio de acto ou facto; ao contrario, ha a ausencia destes. Daqui a necessidade de adoptar criterio differente na averiguação da responsabilidade, que porventura exista, quanto á supposta ou allegada lesão do alheio direito. E esse criterio, outro não poderia ser, senão, a prova de *negligencia* ou de *culpa* na omissão do acto, que devia ser praticado, isto é, o Estado só deve responder pelo damno allegado em caso de omissão, quando se houver verificado que a omissão do seu representante fora proposital, culposa ou dolosa.

Bem se comprehende, sem haver mister de dar a demonstração, que, si assim não fora, o Estado ver-se - hia obrigado a responder por tudo quanto os seus representantes deixassem de attender

na esfera das suas attribuições, si cada individuo entendesse ou pretextasse, que dahi proviera uma lesão ou damno aos seus direitos...

Mas basta suppor - o, para regeitar, desde logo, como impraticavel ou absurdo!

Concluindo, pois, aqui a primeira das questões que nos propuzemos (p. 266), podemos dizer: o fundamento juridico da responsabilidade assenta: primeiro, na *causalidade*, e não, na *culpabilidade*; depois, na *lesão efectiva de um direito*, realmente adquirido.

A *causalidade* tem a sua explicação natural e facil no principio da *representação*, segundo a qual, o Estado é a *causa eficiente* do acto lesivo, por tel-o *querido* e *praticado* pelo seu funcionario ou representante.

Quanto ao direito lesado, cumpre apenas indagar, si, nas circumstancias do caso, o mesmo direito não se achava porventura sujeito ao *precario* de poder ser desattendido ou violado, *justificadamente*, pelo representante do Estado. Em relação a este particular, teremos de dizer na ultima parte deste capitulo.

II.—DIREITO REGULADOR DA MATERIA

59. — Longa e persistente tem sido, e continua a ser, a discussão entre os doutos sobre o ponto especial de saber, qual o direito que deve reger a materia da responsabilidade civil da administração publica ou Estado, pelos *actos lesivos* dos seus funcionarios: si o direito privado ou commum, si o direito publico, cada um delles de maneira exclusiva; ou si ambos conjunctamente, e em que casos e condições determinantes.

Procuraremos dizer, apenas, o indispensavel a esse respeito, evitando, o mais possivel, os numerosissimos meandros da controversia.

Uma vez admittida, em principio, a responsabilidade civil pelos danos resultantes das funcções publicas, é no direito privado ou *commum*, que se tem ido, de preferencia, buscar o texto expresso ou a sua applicação analogica, para servir de sancção a obrigação de indemnizar, recadente sobre o agente, directo ou indirecto, do acto damnificante. Trata-se de uma verdade de facto, attestada pela jurisprudencia dos diversos Estados, e que será facil de verificar da lição de autores da maior competencia.¹⁰³

59 a. — Partindo da natureza exclusiva do facto, o damno (*damnum injuria datum* ou *damnum absque injuria datum*), e sem cogitar da qualidade ou condições especiaes, que concorram no seu agente, como succede com o *funcionario publico*, afirmam alguns, que a questão da responsabilidade *civil* não pode deixar de pertencer á esphera do direito privado, ao qual compete, verdadeiramente, não só, definir o damno, mas ainda juntamente, regular-lhe os effeitos, quaesquer que sejam os seus casos ou especies differentes.¹⁰⁴

Não se pode dizer, que esta affirmação careça, no todo, de razão ou fundamento.

Mas, com o aprofundar os elementos, que caracterisam e determinam as funcções publicas para, dest'arte, melhor conhecer e julgar das relações existentes entre o Estado e os seus funcionarios, e entre

¹⁰³ Bonasi, ob. cit., ns. 25 sg.— Vacchelli, ob. cit., p. 96-99.

Este ultimo autor faz uma indagação retrospectiva sobre o que se deve entender por *direito commum*; concluindo que o mesmo comprehende, tanto o direito publico, como o direito privado, e isto, diz elle, se da notadamente na legislação francesa, italiana, belga, sueca, hollandeza e ingleza. Não omittira, porém, que, na pratica, na doutrina e na jurisprudencia hodierna, se da á essa palavra um significado incerto e indefinido, alguns confundindo-o com o *direito civil*, outros com o complexo da legislação vigente, e ainda alguns com as normas geraes do direito e com os principios da equidade. (Loc. cit., p. 57-72). No presente trabalho a expressão, *direito commum*, é empregada na sua accepção, mais usual, como synonymo de *direito privado* ou *civil*, incluindo neste, não só, a legislação codificada, como, a não codificada desta natureza.

¹⁰⁴ Vide: Bonasi, loc. cit., ns. 148 sg., 181 8g., 187 sg.—Vacchelli, loc. cit., p. 98-99.

estes e os individuos particulares, surgira muito naturalmente a duvida,— si o direito privado é, com effeito, proprio ou capaz de reger taes relações, offereendo, por si só, a sancção conveniente para todas as consequencias juridicas, dellas resultantes. Aos olhos da critica não podia, certamente, escapar que, na decisão da materia, não basta attender ao facto do damno em si, feito com ou sem culpa, segundo se observa nos actos de individuo á individuo; mas que é mister verificar ao mesmo tempo, si o acto arguido, tendo por agente o Estado ou um funcionario deste, deve ou pode ser *legitimamente* regulado pelas disposições exclusivas do direito privado, como succede com os actos dos demais sujeitos desse direito. A importancia da duvida se impõe por si mesma; e dahi o interesse, com que os competentes se tem propôsto elucidal - a.

— Entre os que pretendem, que a questão pertence, por completo, ao dominio do direito privado, e os que consideram inadmissivel ou menos correcto, *sujeitar* o Estado ao dominio desse direito, apparecera nm grupo de permeio, o qual, distinguindo os actos do Estado em duas categorias,— actos susceptiveis de responsabilidade, e actos não - susceptiveis de responsabilidade, se suppôz na posse da verdadeira solução,— eclarando os primeiros, inteiramente regulados pelo direito privado, e os segundos, pertencentes á esphera exclusiva do direito publico. Esta theoria, ainda que ora considerada sob aspecto ou fim differente, é a mesma, que distingue os actos publicos, em actos de *gestão* e actos de *imperio*, e da qual já se fez a devida menção em outra parte. Subsistem, portanto, contra ella as mesmas objecções já adduzidas, sem a necessidade de as repetir neste lugar.¹⁰⁵

Loening preopinando, como já vimos, que se deve distinguir, entre a responsabilidade do Estado pelos actos e omissões illegaes dos seus funcionarios, como representantes do Fisco, commettidas nas

¹⁰⁵ Vide: Vacchelli, loc. cit., p. 111-112. Este autor indica os erros e as consequencias desastrosas dessa doutrina na jurisprudencia italiana.

relações puramente de direito privado,— e a responsabilidade do Estado pelos actos e omissões illegaes dos seus funcionarios, commettidas no exercicio do poder publico contra os subditos do Estado (*gegen die der Staatsgewalt Unterworfenen*),— ajuntára, ao mesmo tempo: que o Estado, como Fisco, estando sujeito á autoridade do direito privado, é, segundo os principios deste direito, que cumpre determinar,—*si, e até onde*—deve aquelle responder pelos seus funcionarios ; e que do mesmo modo, é nos principios do direito publico (*nach Grundsätzen des Staatsrechts*), que se deve indagar, si o Estado responde igualmente pelos seus funcionarios, quando estes lesam aos mesmos subditos, usando ou excercendo, por modo illegal, os direitos de poder publico.¹⁰⁶

Mas, si acompanharmos ao autor citado na propria apreciação dos factos, que devem ser decididos segundo as regras de um ou outro desses direitos, chegaremos á convicção, de que ambos elles carecem, ao menos por ora, de disposições, que possam ser applicadas, com precisão e conveniencia, aos casos diversos de responsabilidade, porventura, proveniente dos referidos factos. Emquanto de um lado, o direito privado, pelo seu destino proprio e limitado, que é o de reger as relações dos individuos particulares, só por isso, não pode satisfazer, por completo, aos casos em que taes relações se dão entre elles e as pessoas do direito publico, como é o Estado, mesmo sob o aspecto de Fisco, visto a não - identidade das condições; de outro lado, o direito publico, qual tem sido até agora *comprehendido e formulado*,¹⁰⁷ carece, sabidamente, de normas precisas, capazes de resguardar os direitos dos particulares nos numerosos actos de poder publico, que os podem lesar, mas, sem ao mesmo tempo enfraquecerem ou prejudicarem a energia e extensão do

¹⁰⁶ Loening, *Die Haftung des Staats*, p. 51-53 sg. e p. 93. Cf. Otto Mayer, ob. cit., § 53.

¹⁰⁷ O direito publico, em grande parte, é considerado de origem recente, e ainda incerto em alguns dos seus pontos.—Vacchelli, loc. cit., p. 98.

mesmo poder, exigidas pelos interesses da causa publica nas variadissimas circumstancias da vida social.

59 b. — Ainda, pelo que respeita, em particular, ao direito privado, mesmo suppondo que as suas disposições fossem bastantes e inteiramente applicaveis ás responsabilidades diversas da administração publica patrimonial (Fisco), e ás relações provenientes de contracto ou quasi contracto, ainda assim, não é menos certo, que taes disposições seriam no todo insuficientes, em se tratando de actos extra-contractuaes, a dizer, dos actos illicitos dos funcionarios do Estado.¹⁰⁸

Basta attender, que o fundamento da responsabilidade por direito commum, resultante do damno, é um presupposto da *igualdade* do direito; partindo, consequentemente, do principio, que cada um é obrigado a reparar quanto de prejuizo causar á outrem com o facto proprio. Donde os dons grandes postulados desta theoria: um relativa á razão subjectiva de exigir a compensação do damno soffrido; o outro, determinante da origem do criterio na avaliação do damno de maneira correspondente.— Ou enunciando o mesmo pensamento em termos mais claros: para que um damno possa constituir responsabilidade civil em direito commum, é necessario que concorram estes requisitos: 1) imputabilidade por dolo ou culpa no agente, isto é, exercicio da actividade deste fora do circulo legal das suas funcções (é o que se indica pela formula usual *de acto illicito*); 2) uma lesão effectiva naquelle que pretende haver soffrido o damno. Dadas estas condições, se tem a *verdadeira* responsabilidade civil, segundo o direito commum; faltando, porém, uma dellas, se terá, ao envéz, uma responsabilidade civil anormal, isto é, fundada em outros criterios.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Como se terá notado, a mor parte dos autores, ao tratar da responsabilidade civil, se occupam, de preferencia ou exclusivamente, da responsabilidade proveniente dos actos illegaes ou illicitos.

¹⁰⁹ Vacchelli, loc. cit., p. 100-102.

Ora, não é preciso repetir ou demonstrar no momento, que nas relações entre o Estado e os individuos particulares, nem é licito pretender, como condição *sempre existente*, a da igualdade do direito, nem tão pouco, que o Estado ou os funcionarios deste, só por se conservarem no circulo legitimo das suas attribuições, não possam, por isto, causar lesões positivas aos direitos individuaes. Os factos se encarregam de comprovar o contrario,— mesmo deixando fora da nossa consideração actual o requisito da culpa, tido como essencial á responsabilidade civil no direito commum ou privado.

Alem disto, como se poderia suppor materia de direito privado, o verificar si os funcionarios, nos actos arguidos, procederam, ou não, dentro dos limites do seu poder, autoridade ou jurisdição, ou na forma declarada nas leis especiaes, ou ainda, em obediencia ás ordens ou instrucções recebidas dos seus superiores hierarchicos ?

Referindo-se á deficiência manifesta do direito commum neste ponto em particular, Vacchelli insistira: Examinando o facto da administração publica, quando esta opera nos limites das proprias attribuições, e confrontando - o com os requisitos da responsabilidade civil ordinaria, não será difficil evidenciar, que nelle falta absolutamente, não já, o principio da imputabilidade ou do damno effectivo, pelo qual se dão, todavia, exemplos de responsabilidades anormaes, mas tambem ainda, um outro e mais importante elemento, isto é, o do *facto illicito*, queremos dizer, do acto effectuado fora do exercicio dos poderes proprios. A menos que o facto não seja *assimilavel* á uma pura relação de direito privado, ha ausencia absoluta deste segundo requisito; podendo-se affirmar, como regra, que, sempre que a administração usa de seus poderes discricionaes, deixa de existir a razão de responsabilidade segundo o direito commum.¹¹⁰ E dahi, os resultados dissatisfactorios, a que se tem chegado: ou a conclusão logica, mas injusta, da irresponsabilidade do

¹¹⁰ Loc. cit.

Estado por taes actos, como pretendem fazer Gabba, Mantellini e outros; ou a animação theorica de dita responsabilidade, mas sem se poder precisar o canon juridico da sua sancção, como se apura das idéas sustentadas por Bonasi, Meucci, Giorgio e outros¹¹¹, relativamente aos actos alludidos.

Por ultimo, não precisa relembrar que, para sujeitar a acção ou omissão do funcionario publico ás regras do direito privado, seria mister vêr nelle *o mandatario, o preposto* (institor), ou o *locador de serviços*, segundo os principios que regulam taes institutos neste direito; cousa difficilima, senão, impossivel, por não se verificarem, entre o Estado e o funcionario, as mesmas ou identicas relações que se dão entre o mandante e o mandatario, e entre o *dominus negotii* e o seu *preposto*, como tantas vezes se tem demonstrado.

Não desconhecemos com certeza a objecção de que, si ditas relações não correspondem ás dos institutos indicados do direito privado, ficarão, neste caso, sem assento em direito positivo... Mas a objecção não procede inteiramente. A relação especifica entre Estado e funcionario se explica, como já se disse, pela figura da *representação*, tomada no seu sentido proprio ou restricto (p. 272), e não se póde negar que esta, considerada como *genero*, já é um instituto consagrado no direito positivo, publico e privado. — “Representar” é a expressão juridica, geralmente recebida para significar que alguém age em nome de outrem. O que resta, pois, a fazer, não é trabalho difficil. Seria simplesmente declarar, por disposições expressas, o character e a significação especial do instituto da *representação*, relativamente ás pessoas juridicas e á outras, incapazes de manifestar, por si mesmas, a propria vontade. Não é preciso lembrar, que a jurisprudencia já assim tem feito e continua a fazel - o nos *considerandos* de suas decisões, isto é, applicando aos casos sujeitos os principios analogos da *representação*, no seu sentido geral ou ordinário; e

¹¹¹ Loc. cit., p. 103.

quando estes não tem *base apparente* nos textos positivos, ella applica - os, mesmo, *ex equo et bono*, para o fim de amparar os direitos individuaes contra os actos arbitrarios e lesivos das autoridades do Estado.¹¹²

60. — Verificado, que nos principios do direito privado sómente, não se encontra sancção propria, adequada, para resolver sobre os actos lesivos do Estado, mesmo quando fosse admissivel a distincção dos mesmos, em actos de natureza privada (de gestão) e actos de autoridade ou poder publico (de imperio); passemos a examinar do mesmo modo, si o direito publico actual seria capaz de fornecer normas mais certas ou mais ajustadas ao problema da responsabilidade civil do Estado sobre os actos, que se passam dentro da sua esphera em particular.

Debaixo do ponto de vista, que nos occupa, direito publico é synonymo de direito do Estado (direito publico, *stricto sensu*).¹¹³ Portanto, para bem elucidar a questão da responsabilidade civil do Estado, não será descabido relembrar, muito embora por um simples lançar de vista, o que seja Estado. Grande associação natural, necessaria, composta de innumeros individuos, que formam igualmente multiplas associações menores ao seio della, o Estado, não obstante servir-se dos individuos ou dessas outras associações, como seus membros, órgãos ou representantes ; todavia, se manifesta, como entidade collectiva distincta, com autoridade sobre todos elles, e com fancção ou vida, sua propria; ao mesmo tempo, que todos os individuos ou associações particulares, que o compõem e lhe servem de membros ou representantes, subsistem junta e

¹¹² Não se ignora, que a responsabilidade civil extra-contractual, proveniente dos actos de funcionarios, tem sido reconhecida pela jurisprudencia da França e Italia, de accôrdo com as disposições do direito privado (arts. 1384 do codigo civil francez e 1151 do codigo civil italiano); ainda que não precisamos aaorescentar,—quanto *incerta, inorganica e duvidosa* se tem mostrado essa jurisprudencia, simplesmente fundada por analogia nas disposições alludidas!...

¹¹³ M. Hauriou, *Precis de droit administratif*, "Avertissement", XII Paris, 1893.

simultaneamente, como sujeitos de direitos próprios, independentes do Estado.

Cumpra ao direito dar as normas, que devem reger o complexo de relações dessas diferentes entidades, constituindo um só todo, mas, realmente, diferenciáveis, umas das outras, e autônomas nas esferas jurídicas, que lhes são peculiares.

Consagrando, como se sabe, a *igualdade de direito* dos indivíduos particulares, o direito comum ou privado se propõe regular as relações existentes entre os mesmos, e o faz sem dúvida de maneira, que se considera satisfatória, no estado actual da nossa evolução jurídica. Há, porém, a considerar os dois outros lados, que a associação-Estado nos revela, a dizer: o das relações do Estado com os indivíduos, seus próprios representantes; e o das relações do Estado com os indivíduos, sujeitos distintos de direitos, em confronto com direitos ou poderes do próprio Estado. Pertence à esta ordem dupla de relações os actos do Estado, dos quaes lhe pode provir uma responsabilidade civil, quando forem, por ventura, lesivos de direitos individuais.

Mas, assim delimitado o terreno, dentro do qual se tem de dar a alludida responsabilidade, já não fora lícito confundil - a na mesma categoria da responsabilidade civil ordinária do direito comum, como se disse; e nem tão pouco, bastará considerá-la, como uma *especie anormal* dessa responsabilidade, caracterizada, *analogicamente*, pelos princípios do referido direito, como se tem feito, ou insinuado frequentemente. Não, por certo. Os phenomenos jurídicos e os factos constantes, que occorrem nas relações indicadas são de natureza e indole tão específicas, que reclamam um critério próprio, e organicamente coordenado de modo a poder dar origem á institutos autônomos.¹¹⁴ Portanto, si debalde, se procura encontrar a satisfação desta necessidade jurídica no canon do direito

¹¹⁴ Vacchelli, ob. cit., p. 128.

commum, diz Vacchelli, cumpre proseguir de indagação em indagação; porque a solução do problema se ha de achar com certeza nos principios ou disposições geraes, sobre as quaes assentam os dous ramos maiores do direito, a dizer, o direito publico e o direito privado.

Fallando, no momento, do direito publico, a parte deste, que se refere, de maneira mais directa, ás relações do Estado com os individuos, é, segundo as constituições dos Estados livres modernos, a que geralmente se intitula: “garantias constitucionaes”, ou “declaração de direitos”. São theses ou principios geraes, muitas vezes, incompletos nos seus dizeres; mas, em cuja conformidade cabe ao poder publico agir, afim de que os seus actos, qualquer que seja a superioridade de intuito, resalvem sempre os direitos dos individuos, a quem possam attingir ou interessar. A dificuldade está no harmonisar, em dados casos, o exercicio do poder publico ou a acção soberana do Estado, motivada pelo interesse geral colectivo, com a tutela igualmente devida ao direito individual, de modo que, nem aquella seja obstada, entorpecida na sua energia e efficacia, nem este, lesado ou sacrificado sem que, pelo menos, assista ao seu titular um remedio legal para obter a reparação devida. E não basta que esta segunda exigencia se limite a um simples postulado de justiça; é preciso haver uma sancção positiva de direito, que assim o declare e affirme, em relação aos casos occorrentes.

Onde, porém, encontral - a no corpo do direito publico vigente?

60 a. — Os que admittem a responsabilidade civil, sem ir pedir argumentos, deste ou daquelle modo, ao proprio direito privado, procuram fundamental - a, de preferencia, na *nomeação* do funcionario pelo Estado, da qual si, de um lado, resulta o dever de *obediencia* ao mesmo por parte dos individuos particulares, é de justiça que, do outro, resulte tambem para o Estado o dever de *garantia* aos direitos

individuaes, indemnizando-os, na *hypothese* de serem lesados pelos actos do funcionario, seu representante.

Igualmente se tem procurado fundar dita responsabilidade no fim principal, senão essencial, da existencia do Estado, a dizer, na sua qualidade de protector dos direitos de todos quantos pertencem á collectividade.

Mas a critica, por sua vez, se tem esforçado para demonstrar que taes fundamentos são irrelevantes, e mais ainda: — que, “nem da idéa do Estado e dos funcionarios em si, nem da de subditos para com o poder publico, nem finalmente, da propria *necessidade* de justiça, procede logicamente a *responsabilidade geral* do Estado pelos actos de seus funcionarios”.¹¹⁵

Já em outra parte tivemos ensejo de apreciar o valor destes e outros argumentos, relativos á questão, e não precisamos mais insistir no que então fora assentado, como de melhor acerto. O que importa agora é saber, quaes seriam as disposições positivas, reguladoras da mencionada responsabilidade nos casos diversos, em que ella tivesse, por ventura, logar conforme os principios do direito publico.

Não é preciso relembrar que no *corpo actual* deste direito não se encontram disposições positivas, bastantes, ou capazes de regular tão importante materia.

E, por outro lado, pergunta-se : partindo mesmo dos principios do direito publico, seria licito ir pedir igualmente ás analogias do direito privado, declaradamente carecedoras da *paritas rationis*, as razões de decidir sobre a responsabilidade civil do Estado, proveniente de actos, que são aliás de considerar inteiramente fora da alçada deste ultimo direito?...

¹¹⁵ Loening, ob. cit., p. 134-135 ; *Hic*, p. 165 sg.

As lições da jurisprudencia acerca deste ponto fundamental deixam vêr que esta, na mór - parte dos Estados, se tem baseado, conforme já ficou dito, ora nos simples principios da justiça natural e ora em argumentos tirados, por analogia, do direito commum, principalmente do direito romano, para, dest'arte, proteger os direitos dos individuos contra os actos lesivos do Estado, sob o ponto de vista da indemnisação dos mesmos direitos.¹¹⁶

Mas é manifesto, que nada disto satisfaz ao actual momento juridico. Desde que existem direitos individuaes, certos, indiscutíveis, os quaes podem ser lesados pelos actos do Estado, isto é, dos funcionarios, representantes do Estado, é imprescindível existir tambem um complexo de disposições de direito, certas, firmes, normaes, positivas, que regulem as relações concernentes, do mesmo modo, que o direito civil o faz a respeito dos direitos e obrigações dos individuos particulares entre si.

E para conseguil - o seria mister: ou *integrar* o canon do direito privado, incluindo ahi os casos de responsabilidade civil das pessoas do direito publico, mas sob as condições especiaes desta responsabilidade, certamente distinctas, das condições da culpa subjectiva, exigidas no direito civil actual; ou então, e talvez com maior conveniencia e acerto, *formular um novo ramo especial do direito*, que viesse regular esta parte importantissima da ordem juridica.

E porque não fazel-o? Materia de tamanha relevancia não póde, nem deve ficar, no todo, á intelligencia, quasi sempre varia, dos tribunaes de justiça, queremos dizer, ao *ageitamento*, feito por analogia ou interpretação, mais ou menos feliz, das simples disposições geraes de direito, como em geral tem acontecido.

“Al certo sarbe desiderabbile che una legge venisse a regular e simile gravissima materia, la cui difficoltà non deve

¹¹⁶ Solari, ob. cit., p. 93.

esimere il legislatore dallo affrontarla; allora avrebbero fine i vivaci dibattiti della scienza e le sconcertanti incertezze della giurisprudenza”¹¹⁷.

A este proposito disse Vacchelli: Si a necessidade de afirmar a preeminencia do interesse publico sobre o interesse privado deve, não obstante, ajustar-se ao fim, tambem proprio do Estado, de causar aos particulares o menor damno possivel; é logico deduzir, que as funções publicas deveriam andar acompanhadas de disposições relativas á responsabilidade pelos danos e prejuizos, a que podessem dar lugar; razão porque sobreléva repetir, que, dado o systema do direito moderno, é necessario desenvolver um organismo de institutos que regulem a responsabilidade da administração publica. Assim não se fazendo, ou continuará o estado actual de cousas, a dizer, de uma jurisprudencia, que applica semelhante responsabilidade dentro de limites mal seguros e mal definidos, soccorrendo-se aos criterios do direito privado,—ou então, se negara toda responsabilidade por parte da administração, não se podendo dar acção contra a mesma, á falta do *subtracto indispensavel* de um direito fundado era lei.¹¹⁸

Com effeito, em vista da experiencia crescente dos factos, já não ha mais quem desconheça a necessidade de substituir tão lato arbitrio, deixado á jurisprudencia, pela affirmação positiva de disposições, que venham regular, de modo certo e explicito, a obrigação do Estado para com os individuos, resultante dos actos lesivos dos seus funcionarios, quer ditos actos sejam legaes ou illegaes, quer licitos ou illicitos, isto é, feitos com culpa, ou isentos inteiramente della.

60 b. — No entender de alguns, o theor das disposições, que acabamos de declarar necessarias, já existe, ou deve existir no direito administrativo. Porque, si este é, como se ensina, o complexo de regras

¹¹⁷ D. Solari, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, paginas, 107-118.—Cf. Palazzo, ob. cit., p. 49 sg. e 58 sg.

¹¹⁸ Vaccheli, ob. cit., p. 183-184.

que regem os direitos do Estado quanto á organização e funcionamento dos serviços publicos; e si os direitos do Estado, no seu exercicio, se tem de encontrar, á cada momento, com os direitos pessoas e reaes dos cidadãos; não seria possivel fixar o alcance do direito administrativo, sem, primeiro, conhecer os direitos dos cidadãos; do mesmo modo, que será impossivel ter uma idéa exacta dos direitos destes ultimos, sem saber tambem quaes os limites, que podem ser legitimamente postos á acção administrativa.¹¹⁹

De nossa parte, nada oppôremos a este medo de vêr sobre a *compreensão* do direito administrativo.

Observamos, porém, que o mais importante não é verificar tecnicamente, á qual deve caber, de preferencia, si ao direito administrativo, ou si ao direito civil, essa parte complementar do *direito positivo*, de que ora nos estamos occupando; o que cumpre, é, antes de tudo, satisfazer devidamente ao que se impõe, como uma necessidade ou razão institucional da propria ordem juridica, isto é: desde que ha um direito lesado, o Estado, como órgão e tutor do direito, deve tambem ter uma sancção positiva, sob a qual se restabeleça o direito offendido, ou, ao menos, se offereça ao seu titular a devida reparação. Esta sancção não se encontra, por certo, no actual direito administrativo, de maneira completa e satisfactoria.^{119.a}

¹¹⁹ Hauriou, loc. cit.

^{119.a} Aceitando-se, porventura, o ensinamento de que no escopo do direito administrativo se comprehendem todos os institutos juridicos, por meio dos quaes, o Estado realiza o seu fim primario, a dizer, a tutela do direito; daquelle escopo deverá fazer parte integrante o complexo de principios e disposições que regulam a *actividade* do Estado, concernente ás suas relações, *consideradas* de ordem ou de direito commum, taes como:—as que se referem á *propriedade* e *outros direitos reaes*, ás *obrigações*, ás *successões*, á *exploração de serviços industriaes*, etc, e bem assim, as que, muito embora não sendo de considerar da esphera do direito commum, (*os actos de governo ou de autoridade publica*) se mostram, todavia, capazes do lesar os direitos individuaes, “*si et in quantum*” incidam na hypothese cogitada.—Dizendo mais claro, quanto a este ultimo ponto: os principios ou disposições, relativas aos actos e funcções publicas, quaesquer que sejam, susceptiveis de fazer o Estado responsavel por obrigações

As disposições e princípios, que devem completar o direito positivo nesta parte, qualquer que seja o título, debaixo do qual appareçam, hão de constituir, em nosso pensar, um ramo mixto do respectivo direito; porque mixta é a natureza das relações de que se trata: *publicas*, emquanto se referem ao Estado ou aos funcionarios, na qualidade de *representantes* do Estado; privadas, emquanto se referem ao valor de danos ou lesões de direitos, pertencentes a individuos privados.

Nenhuma opposição radical ha, nem podia haver, entre o direito publico e o direito privado, que obste á que principios e disposições, explicitas ou implicitas, de um e de outro, se combinem, se harmonisem, ou se completem reciprocamente, constituindo um *ramo especial* do direito, que regule, dentro de dominio proprio, estas relações juridicas de natureza manifestamente mixta, que se dão entre o Estado e os individuos, quanto as lesões causadas pelo primeiro aos direitos dos segundos. Pelo contrario, a melhor presumpção é, que semelhante direito especial já deve existir, muito embora ainda esparso,—nos textos do direito civil ou commum,— nas garantias constitucionaes ou principios do direito publico, — em leis administrativas especiaes, ou mesmo,—nos costumes, e nas maximas geraes, consagradas na pratica do direito e da justiça.

E é, sem duvida, em virtude desta sua existencia, reconhecida na consciencia juridica da communhão social, que os lesados pelos representantes do Estado se tem apresentado aos tribunaes pedindo a justa reparação de seus direitos, e estes os attendem, fundando-se em disposições, expressas, ou não, do direito vigente. Suppor, doutro modo,

resultantes: 1) do contractos ou quasi contractos; 2) de delictos ou quasi-delictos dos seus funcionarios, de maneira *directa* ou *indirecta*, *solidaria* ou *subsidiaria*, segundo os casos e circumstancias. Vide : Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, ns. 14, e 18-24.—Firenze, 1902.

a ausencia completa de *direito positivo* nos seus julgamentos, seria emprestar aos tribunaes a faculdade, *discretionaria* e *perigosa*, de crear a lei para os casos sujeitos, usurpando as funcções do legislador...

Urge, porém, coordenal-o, corporifical-o de modo claro, nas suas normas e condições proprias.

E si esta falta se torna sensível nos Estados, nos quaes, como succedeno Brazil, os proprios tribunaes judiciarios podem julgar das lesões de direitos individuaes, invocando directamente os textos do direito publico, facil é suppor, que muito maior será o seu inconveniente, em se tratando de Estados, nos quaes uma jurisdição contenciosa administrativa disputa, parallelamente ao judiciario, o direito de conhecer e decidir, de preferencia, sobre os actos diversos do Governo e da administração publica.

Na verdade, assim como o *direito judiciario*, se destacando do tronco commum, passou a constituir um ramo de direito independente, assim tambem se podia agora fazel-o, — ou creando-se o *direito administrativo civil* (titulo já indicado por certos autores), ou completando nesta parte o campo de attribuição do direito administrativo actual, para bem corresponder ao objecto e fim importantissimo que lhe é assignalado, conforme os votos dos mais autorisados cultores da sciencia do direito.¹²⁰

Neste ramo ou parte especial do direito, cuja organização se patenteia cada dia mais urgente, em vista da interferencia, sempre crescente, do Estado moderno na ordem social, não é preciso dizer,— se devêra começar por bem definir, não só, o instituto especial da *representação*, que caracteriza a relação existente entre o Estado e os

¹²⁰ Meucci chama-lhe—*direito civil especial* (ob. cit., p. 185 sg); Palazzo,—*jus singulare* (ob. cit., p. 74,76 sg); Ugo Porte,—*diritto civile amministrativo*, "che attende ancora la sua codificazione giusta i voti pia autorevoli dei cultori della scienza"; apud Solari, ob. cit., p. 123.

seus funcionarios, na sua natureza e efeitos juridicos,— mas juntamente, as condições normaes, segundo as quaes, uma lesão objectiva dos direitos individuaes seja capaz de crear a responsabilidade civil do Estado; não, partindo-se da necessidade da *culpa subjectiva* somente, mas, preferentemente, da *causalidade* do acto, como melhor convém á natureza especifica do serviço publico e do respectivo agente.

60 c. — Ao findar este ponto, seja - nos permittido fazer uma advertencia:—no que ora vimos de dizer quanto ao direito administrativo em especial, prestamos, apenas, obediencia ao ensinamento da escola, consagrando distincção rigorosa entre os ramos do direito publico e do direito privado, para o fim de attribuir ao primeiro as materias concernentes aos direitos ou interesses do Estado; porquanto, ao nosso modo de ver particular, nenhuma objecção essencial existe, para que a responsabilidade civil do Estado não possa ser devidamente regulada pelas disposições do direito civil, como aliás se verifica ser a tendencia dos codigos modernos. Não procede o argumento, tantas vezes, allegado, de que o Estado,— *ente publico ou politico*, não deve ser sujeito ás disposições do direito privado: em primeiro logar, porque, não se ignora, que o direito privado, do mesmo modo, que o direito publico, são estatuidos pelo proprio Estado; consequentemente, em ambas as hypotheses, este respeitaria á uma disposição legal, sua propria; depois, desde que, na satisfação de um damno, a questão a ventilar e decidir é, antes de tudo, de natureza juridica, parece que a mesma teria assento mais consentaneo com os principios,— si a responsabilidade do agente fosse apreciada aos olhos do direito civil, abstracção feita, si *et in quantum*, da maior ou menor importancia da *pessoa juridica* do mesmo agente.

Certo, dadas as disposições deficientes do direito civil actual, semelhante responsabilidade só pode ter ahi sancção, por meio das analogias do *mandato* ou da *prepositura*, as quaes, como já vimos, não correspondem á verdade dos factos sujeitos; mas, uma vez consagrada no

corpo deste direito A REPRESENTAÇÃO, como instituto especial, regulador exclusivo dos actos, licitos ou illicitos, da pessoa juridica em geral, e das que lhe são semelhantes, isto é, das pessoas que agem *necessariamente* por meio de representantes, “EX VI LEGIS”, e não por acto da vontade livre dos representados, com os efeitos proprios desse instituto;—desapparecida ficaria toda a necessidade de disposições do *direito publico* ou *administrativo*, que outros consideram peculiares á solução do assumpto.

E deste modo cessaria no todo a incerteza enorme, que reina em tão importante materia, com grave desprestigio, não só, para acção do Estado, como tambem, para os interesses da justiça; desprestigio, sobretudo, oriundo de tantas decisões disparatadas, que a jurisprudencia dos diversos Estados offerece a esse respeito.¹²¹

Todos, quantos tem estudado este assumpto, reconhecem essa lacuna prejudicial do direito positivo, e lamentam deveras o triste descuido, que continua haver sobre a sua satisfação.¹²²

III.— LIMITAÇÃO AO PRINCIPIO DA RESPONSABILIDADE

61. — Para podermos apreciar devidamente a materia complexa deste ponto em particular, tirando depois as conclusões parciaes ou geraes, que temos em mente, é indispensavel começar por avivar, ainda que nas suas grandes linhas somente, os factos e argumentos principaes, relativos ao proprio conceito politico-juridico do Estado.

¹²¹ Vide: Orlando, loc. cit., ns. 21 sg. e 631 sg.

— O que existe até agora não satisfaz de modo algum. A excepção dos damnos provenientes da *desapropriação* por utilidade publica, e de algumas disposições especiaes sobre a materia de obras publicas ou de certos serviços industriaes do Estado, aliás, incompletas e sem obedecerem a nenhum principio geral,—se pode affirmar, que nada mais ha, *expressamente declarado*, sobre tão importante ramo de direito. E dahi os criterios estranhos e incongruentes, ora adoptados, ora repellidos, pela jurisprudencia. Vide: Vacchelli, loc. cit., p. 96, e 104 sg.

¹²² Chironi, *Colpa Contrattuale*, n. 234;—Vacchelli, loc. cit., p. 95 sg. 113 e 117 etc.;—Orlando, loc. cit., n. 631 sg.;—Solari, loc. cit., p. 107 sg.;—Giorgio Giorgi, *Delle Obbligazioni*, t. V, n. 358.

A concepção do Estado moderno sendo a de um ente de direito (*Rechtsstaat*), a dizer, de uma entidade que *existe pelo direito e para os fins de direito*, daqui resulta logicamente a responsabilidade geral do mesmo, ao menos em principio, pelos efeitos de seus actos, que, porventura, damnifiquem ao alheio direito. Com effeito, si a sua missão *essencial* é, antes de tudo, a *tutela e garantia* dos direitos da collectividade e de cada um dos que entram nella, é evidente que, dada a violação de taes direitos por actos do proprio Estado, a responsabilidade deste deve ser a regra; ainda que, em vista de motivos e considerações concorrentes de *igual* força, se devam *conjunctamente* admittir numerosos casos de excepção ao principio de semelhante responsabilidade. Este pensamento pode ser ainda expresso em termos mais breves: no *Rechtsstaat*, como se qualifica o Estado constitucional moderno, toda a lesão verificada de um *direito objectivo* deve ser reparada; eis o preceito geral; o qual, não obstante poderá deixar de prevalecer: ou si a lesão se dêr por culpa do lesado (*sibi imputet*); ou si, por um principio superior inherente ao proprio fim do Estado e reconhecido, explicita ou implicitamente, pelo direito positivo, fôr de admittir a *discrição* ou *irresponsabilidade* do Estado relativamente ao acto ou facto, de que se tratar.

Ora, é dever, que semelhante postulado juridico não se podia outr'ora apresentar ao espirito do philosopho e do jurista,— quando o Estado era considerado o simples *patrimonio* do principe, ou quando elle se confundia com a pessoa do monarcha, e os direitos dos individuos eram tidos, como actos de *graça* ou *concessões* do regio poder.

61 a. — No Estado Romano, a despeito do aperfeiçoamento, a que attingiram as suas letras juridicas, pareceria repugnante com os principios do direito commum dominante, que ao individuo coubesse "*jure proprio*" o poder de *accionar* o Estado ou a administração publica, em virtude da lesão de um direito seu, proprio. Aceita a regra, "*quod principi*

placuit, legis labet vigorem”,¹²³— e sendo de considerar na pessoa do príncipe a pessoa do Estado ou o poder público personificado, fôra lógico admitir igualmente que, pelos actos do seu funcionario ou representante, jamais lhe podêsse ser imputada *injuria* ou obrigação consequente. Eram, sob este aspecto, actos sempre legítimos, feitos na suposição do bem commum, no qual se incluía justamente o dos indivíduos, a quem taes actos pudessem, porventura, parecer lesivos; dahi, como corollario: *Quae jure potestatis á magistra tu fiunt ad injuriarum actionem non pertinent... Is qui jure publico utitur, non videtur injuriae faciendae causa hoc facere; juris enim executio non habet injuriam*.¹²⁴ E’ desnecessario lembrar que, em direito romano, a palavra *injuria* (como synonimo de *culpa*) era essencial á existencia jurídica do damno.

No Estado medieval, no qual as noções dos direitos individuaes, como que desaparecidas ou apagadas, foram substituidas pelas *idéas feudaes de soberano e vassallo*, seria impossivel cogitar igualmente da existencia de uma obrigação jurídica do Estado (ou do soberano) para com o individuo ; quando, ao contrario, se sabe que a liberdade, os bens, e quaesquer outros interesses legítimos do mesmo, singularmente considerado, não passavam de *cousas*, das quaes o *soberano do feudo* podia dispor, como lhe aprouvesse, não só, em nome do bem commuin, mas ainda, em nome dos interesses da sua familia ou do simples capricho pessoal...

123 Inst. Justin., l. I, tit. III, 5.

¹²⁴ Dig. I. XLVII, tit. X, 13, §§ 1 e 6. A regra era, que o lesado só tinha acção de reparação contra o funcionario (o *magistrado* inclusive), cujo processo corria, alias, perante a autoridade civil ordinaria. Só mais tarde, nos tempos do Baixo-Imperio, também se entendeu de equidade que, quando a lesão fosse feita por um funcionario subalterno, o qual ordinariamente não possuía meios de reparar o damno,—a respectiva responsabilidade se podesse também estender, não, contra o Estado, mas conjuntamente contra o funcionario superior, que houvesse nomeado o subalterno em questão. Para que o funcionario superior fosse, todavia, declarado co-responsavel, era mister que tivesse concorrido dolo ou negligencia na nomeação ou escolha do funcionario inferior Cod. l. IX, tit. XXVII, 1; Nov. Just. 82, c. 7;—Cf. Bellavite, loc. cit., p. 33, 35 e 53-61; Laening, ob. cit., p. 24 sg. Sobre este ponto é de lembrar o que se disse anteriormente (hic, p. 119-120).

E' certo, que mesmo na idade média já se encontra, com os *visos de doutrina corrente*, a de que a conectividade devia responder pelos danos causados por alguns dos seus membros.¹²⁵ Mas, além de que semelhante doutrina era apenas uma consequência do conceito erroneo, que então se fazia da associação, desconhecendo-se a distincção de personalidades entre ella e os individuos que a compunham; accresce juntamente que, segundo os exemplos conhecidos, não é licito affirmar, que a collectividade se reconhecesse, porventura, obrigada a indemnizar ao individuo, lesado pelos actos de seus representantes, obedecendo á um principio de justiça, como hoje se pretende, sob o titulo de *responsabilidade civil* das administrações publicas. Tal não era, por forma alguma, o que se continha na doutrina medieval; o que por ella se ensinava, era o seguinte: que, considerados os membros de uma collectividade, como porções *inseparaveis, integrantes* della, a reparação da lesão causada pelos mesmos podia ser exigida da collectividade pelos estranhos prejudicados. De facto, em mais de um caso, então, assim succedêra,— de comunidade á comunidade, de uma cidade á outra cidade, de municipio á município, ou mesmo, dos membros individuaes de umas collectividades em relação aos de outras. Mas, relativamente ás lesões soffridas pelos proprios individuos, componentes de uma mesma collectividade, não se conhecem exemplos, dos quaes se possa inferir, que esta se considerasse obrigada a nenhuma reparação. Em verdade, a propria idéa da não-distincção, entre a pessoa do individuo particular é a da collectividade, devia excluir a existencia de toda obrigação juridica por parte desta ultima para com o primeiro.

61 b.— Todavia, como os principios do direito individual e da justiça são immanentes á vida social, qualquer que seja o governo dos povos em dada contingencia historica, o facto é: que, ou por uma

¹²⁵ Vide: Loening, loc. cit., p. 28, 33 e *notas ibi*.—Cf. Giorgi, *Delle Persone Giuridiche*, t. I, p. 309 sg.

aplicação extensiva da referida doutrina medieval, muito embora subordinando dita aplicação á condição de se tratar de factos praticados pelos *orgãos* da associação; ou por argumentos pedidos aos textos do proprio direito romano, quiçá susceptíveis de ampliação analogica; a questão da *responsabilidade civil* da administração publica, não só, começara a chamar, desde então, sobre si a atenção constante dos philosophos e juristas, como ainda, penetrando de mais a mais na consciencia publica, vemol - a realmente acceita, por assim dizer, á vista do seu simples aspecto de bôa razão e justiça.¹²⁶

¹²⁶ Desde o século 14º apparecem documentos, dos quaes se verifica que a responsabilidade pelos actos lesivos do Soberano (o Estado existia então, por assim dizer, na pessoa do Soberano) ou doutros órgãos semelhantes, era ensinada, ainda que dependente de determinadas condições e circumstancias.

— Oldradus (*Comilia et Quaest. Cons.*): “An ob delicta administratorum vel praesidentium puniatur universitas?...licet ipsi praesidentes puniantur, non tamen universitas,—NISI MANDARET, VEL RATUM HABERET...Ergo oportet quod hoc delictum praecedat unitas consensuum eorum, quide universitate simul congregatorum tuba sonata vel campana sonata vel alio tali signo hoc facere deliberantium sunt...Non obstat si DICATUR TENERI PROPTER FACTUM ADVOCATI ET CONSULUM, QUIA VERE NO2N TENETUR OB DELICTUM EORUM “ .

— Bartolus (*Ad leg. 15 D. de dolo maio; ad leg. 16 § 10 D. de paenis*): “Quaero, an ex delicto officialium teneatur universitas? verum quod non; quia universitas non verum mandasse officiali, quod delinquat...et ideo verum, quod ex facto officialis non teneatur, NISI SECUTA RATIHABITIONE VEL MANDATO PRECEDENTE...Illi (rectores, etc.) de universitate possunt coadunato consilio et campana sonata et similibus dolum committere.

— Prosper Farinacius (*Praxis et Theor. Crim.*): “Quod universitas delinquat per suos rectores et gubernatores, negari non potest...Et ex ratione BODIE universitates propter eorum delicta saepenumero puniri ABSQUE CONTROVERSIA VIDEMUS OBSERVATUM”...

— Mynsinger (*Sing. Observ. Cent. IV*): “Ergo constat, quod si onmes vel major pars civium delictum aliquid committat, ipsa civitas sive universitas delinqnisce dicatur, cum civitas nihil aliad sit quam homines universitatis”...

— A. Gail (*De pace publica*): “ Universitas enim nihil aliud est quam homines universitatis; quidquid igitur homines civitatis deliberato consilio faciunt, universitas fecisse censetur.”

— Baldas (*in Cod. de paena judicio*): “Quaero, numquid episcopus toneatur ds imperitia vicarii? Resp. non; quia eum praeposuerit justitiae faciendae, et episcopus dedit operam rei licitae et consuetae, dam vicarium ceavit...” O bispo só responderia, accrescentára Baldus, si não fizesse justiça no caso;—quia debet esse curiosus, ne curia sua injustitiam faciat...Quaero, quod in factis extra judiciam namquid potestas teneatur do delictis familiaris? Resp. non; NISI EATENUS UT EXHIBEAT, SI POTES, VEL NISI MANDAVERIT VEL RATUH HABUERIT.

Das citações feitas talvez se possa inferir, que nellas só se trata de comunidades ou associações particulares, ou de individuos *não funcionarios publicos*; sabe-se, todavia, que a mesma doutrina, (*embora controversa*) se applicava igualmente a

Com effeito, supposto não se chegasse, nessa epoca, a adoptar nenhum preceito legislativo *definido* neste sentido, e, pelo contrario, os proprios autores, que sustentavam a responsabilidade civil, não se mostrassem, as vezes, coherentes comsigo mesmos, ensinando ao mesmo tempo, ora a *responsabilidade*, ora a *irresponsabilidade do poder publico*;¹²⁷ comtudo, não se pode contestar, que aos jurisconsultos mais distinctos da idade média cabe a gloria de haverem reconhecido, já então, os verdadeiros principios da representação, sobre os quaes assenta a theoria hodierna do Estado, relativamente aos actos dos seus funcionarios e das obrigações dahi resultantes.

— Paulus de Castro, distinguindo os actos praticados pelo funcionario no exercicio do cargo, dos actos praticados fora desse exercicio, declarara que a Corporação era responsavel pelos primeiros, mesmo sendo aquelles illicitos, semelhantemente ao que se observava no direito romano com o arrematante dos impostos pelos actos de seus propostos, ou o *pater - familias* pelos actos do filho; não cabendo, porém, nenhuma responsabilidade á Corporação, a respeito dos actos do funcionario, quando praticados *extra officium*.¹²⁸

— Ludovicus de Ponte (Pontanus) apoiando-se por analogia nas disposições relativas ao agrimensor (*Dig. I. XI, tit. VI, 2, § 1: Si mensor falsum modum dixerit*),¹²⁹ o qual, como se sabe, respondia pelos

administração publica, notadamente, ás cidades e communes, tirando-se principal argumento, na sustentação da responsabilidade contra as mesmas, da "*culpa in eligendo*". Vide: Loening, ob. cit., p. 34-88; Giorgio Giorgi, *Delle Persone Giuridiche*, t. I, p. 309 sg.; t. III, p. 144 sg. (2.^a ed.).

¹²⁷ Vide: Giorgio Giorgi, ob. cit., t. III, p. 137-151.

¹²⁸ P. de Castro, (*Consilia*, I): Nam ex maleficio officialium commissio super eo ad quod deputati sunt, seu in officio ejus commissio, tonotur dominus suo proprio nomine....Sed in casu nostro extra officium, et non sumpta occasione officii, nec tamquam gubernator hoc fecit, igitur communitas non tenetur.—Apud Loening, loc. cit., p. 38-39; Giorgi, loc. cit., p. 145.

¹²⁹ L. Pontanus, (*Consilia* cons. 338): Caeterum dico ipsam civitatem seu communitatem obligatam fore, ei, cai neglectum est seu denegatam justitiam fieri per ipsins civitatis officiales...REGULA EST GENERALIS, quae vult, quod officialis constituens teneatur pro

actos dos seus propostos ou auxiliares de serviço, fora ainda mais explicito, do que o autor precedente; não duvidando mesmo affirmar a responsabilidade da Corporação (ou administração publica) pelos actos dos seus funcionarios em geral, quando praticados com dolo ou culpa...

Ora, ainda que sem verdadeiro apoio no texto do direito invocado,¹³⁰ ahi temos, positivamente, reconhecido o principio da responsabilidade do Estado pela lesão dos direitos individuaes. De facto, depois de *Pontanus*, já não faltam numerosos autores que, ou tirando argumento do direito romano nos casos analogos, em que este consagrava a responsabilidade pelos actos de outrem (*mandato, institorio, exercitorio, etc.*), ou partindo do simples dever de equidade e justiça natural, não só, se pronunciaram pela verdade desse principio, como ainda, reforçaram - no com fundamentos novos e considerações valiosas. De modo que, logo no periodo, que se seguira á idade - média, o do *jus receptum*, os *philosophos-juristas*, emquanto de um lado, ensinavam que a *summa potestas* era um attributo inherente ao proprio soberano de um Estado, de outro lado, tambem não deixaram de affirmar, que o mesmo, não obstante as regalias proprias de tamanho poder, não devia, ou não podia, privar aos subditos de qualquer direito adquirido, senão, quando o bem publico assim o exigisse, e ainda assim, sendo elles devidamente indemnizados pelo thesouro publico.

Entre outros, se poderia citar Grotius, o qual ensinava:

Il faut savoir encore, que, lors même que les sujets ont aquis un droit, le roi peut le ôter en deux manières,—ou en forme de peine, ou en vertu de son domaine éminent: bien entendu qu’il n’use du privilège de ce DOMAINE ÉMINENT OU SUPERIEUR, QUE QUAND LE BIEN PUBLIC LE DEMANDE; et qu’alors même celui qui a perdu ce qui lui appartenait, EN SOIT DÉDOMMAGÉ, s’il se peut, du Fond Public. Si cela a lieu en matière des autres choses, il doit avoir lieu aussi à l’égard

facto vel neglecto officialium suorum, cum DOLUS VEL NEGLIGENTIA commissa sunt circa ea, quae pertinent ad officium sibi commissum.—Apud Loening, loc. cit.

¹³⁰ Vide: Bellavite, loc. cit., p. 38.

du droit qu'on acquiert par un promesse ou par un contract.¹³¹

E', sobretudo, para o grande *manancial* do direito romano que se voltam, no momento, as vistas dos indagadores, procurando cada um achar alli os fundamentos da sua doutrina particular, relativamente á responsabilidade civil do Estado.¹³² Não ha, porém, mister que façamos aqui menção especial das diversas opiniões emitidas; já porque em parte teríamos de repetir materia, anteriormente exposta; já porque isso em pouco podia concorrer para a solução da questão particular que ora nos occupa.

61 c. — Tendo alludido, per summa capita, a alguns dados historicos, quizemos sobretudo deixar ver, que não é de invenção moderna a idéa da responsabilidade civil do Estado pelos actos lesivos dos seus funcionarios; pelo contrario, essa idéa já vem de muito longe; muito embora não tenha ella conseguido ser formulada na legislação dos diversos Estados, senão, em data relativamente recente, e isto mesmo, apenas de modo parcial.

¹³¹ Grotius, Le droit de la guerre et de la paix, I. II, e. XIV, § 7. Cf. Puffendorf, Droit de la nature et des gens, I. XIII, c. V, § 7.

¹³² Myler von Ehrenbach, conhecido autor da "*Hyparchologia s. de officialibus, magistratibus et administris liber singularis*" (Stutgard, 1678), propondo a questão: — "an principis territorii de negligentia vel damno sui officialis, in functione officii commissio, damnificantis quandoque teneatur?", respondera affirmativamente (*Ac utique responsetur*—QUOD SIC). E arguendo analogicamente com a responsabilidade do arrematante dos impostos, ou do estalajadeiro pelos actos de seus propostos, accentuara: " bonos servos ad suum ministeriam ELIGERE ac EXPLORARE, cujus fidei et innocentiae sint, quos operibus suis adhibent, alióqui MALA famulorum ELECTIO culpa et negligentiae eorum adscribitur"; reconhecendo em consequencia, o direito do lesado de accionar, quer o funcionario, quer o principe, quer ambos juntamente...(an contra DOMINUM, an vero contra OFFICIALEM, vel contra UTRUMQUE SIMUL agere velit).

Samuel Strykius, autor da obra "*De obligatione principis ex facto ministri in genere, etc.*", fazendo applicação ao caso da theoria do mandato e especialmente das relações—*institoria* e *exercitoria*, affirmara a responsabilidade do Estado quanto aos actos licitos do funcionario, negando a quanto aos illicitos, visto não ter elle recebido *facultas delinquendi*. Mas, occorrendo porventura a hypothese de culpa na nomeação, o Estado devia tambem responder: "*occurrit hic quod Principi IMPUTARI POSSIT, quod adeo GENERALI mandato illum ministerio suo praeposuerit, cujus fidem et industriam NOS EXACTE PROBAVERAT ANTEA; debat enim BONOS ministros eligere.*" Vide; Zachariae, ob.cit., p. 591-593;—Loening, loc. cit., p. 42 sg. Estes dous autores citam ainda diversos outros escriptores de pareceres analogos.

Mas, seja como fôr, desde que semelhante responsabilidade já se acha consagrada, como *instituto juridico*, e sem duvida, geralmente acceita, ao *menos em principio*, pela consciencia juridica dos povos civilisados, cumpre bem *definil - a* ou *enquadral - a* nos seus justos limites, afim de que cessem os males que a incerteza da sua applicação, em muitos casos, tem occasionado com detrimento do bem commum e dos preceitos da justiça.

Queiram, ou não, os que persistem em ver no *Estado antigo* o modelo da *verdadeira* organização politica dos povos, a dizer, o *creador* do direito, o *arbitro supremo* da razão e da justiça, e portanto, *irresponsavel*; a verdade é, que a consciencia juridica dos povos livres actuaes, em vez de admittil-o, como tal, vae, muito ao contrario, exigindo cada dia, que sejam coarctadas, restringidas, senão, supprimidas algumas das proprias regalias e privilegios restantes, de que ainda se reveste o proprio Estado moderno.

E' preciso ter coragem para reconhecer esta tendencia irresistivel da época presente e dos principios que a dominam. Puro individualismo,— dirão talvez... .

Mas, nem por isto, a *tendencia* alludida deixará de ser uma força, que ora regula, de modo organico, todas as applicações e movimentos do direito ao seio dos povos civilisados.

Dispensâmo-nos de indagar, si na concepção theorica do Estado, considerado como *associação necessaria*, se pode, ou não, cogitar da *preexistencia* de direitos pertencentes, em exclusivo, aos individues que o compõem; mas o que é innegavel, por ser facto histórico, é, que os direitos individuaes não vem da organização concreta do Estado... Praticamente encarado, este se nos apresenta, como uma *união* ou *composto* de individuos, cada um delles, dotado, *ex natura*, de direitos proprios, aos quaes procuram melhor prover por meio dessa união, isto é, attender aos

interesses geraes ou ao bem estar commum, segundo regras fundamentaes, a dizer, o *direito* ou *canon constitucional* da propria associação.

Logo, o que se pode evidentemente concluir, sem mais exame, é, que, no objecto e fim da união ou do ente colectivo - Estado, se incluye institucionalmente: *a)* um *poder superior*, capaz de reger as relações ou interesses communs: *b)* a obrigação desse poder de guardar e fazer guardar os direitos individuaes dos membros da associação, os quaes continuam a subsistir, de modo certo e definido, em todos os actos e factos constitutivos da vida commum ou associação. Consequentemente, é na boa e justa coordenação destes dous elementos juridicos do Estado, que estará a sabedoria e a felicidade de todo governo ou administração publica. Nem enfraquecer ou supprimir o primeiro, conforme á pretensão dos inividualistas exagerados,— nem eliminar o segundo, como queriam os regalistas: *in medio tutissimus ibis*. Ou ainda, servindo-nos de linguagem mais positiva: em vez de partir da supremacia dos direitos individuaes para *annullar* a acção do poder publico, aliás, essencial á propria *tutela* e *efectividade* daquelles direitos; ou em vez de partir da onnipotencia ou irresponsabilidade do Estado para, em nome do bem publico, desconhecer ou supprimir os direitos individuaes; o que realmente importa, é procurar a verdadeira solução do problema no principio geral, superior, que domina, tanto aos individuos, como ao Estado: a idéa fundamental do direito, e que se resume na propria justiça: — “*Suum cuique tribuere, alterum non laedere*” (Inst. Justin. l. I, tit. I, 3).

O Estado existe, em vista ou para o bem da colectividade; consequentemente, deve ter faculdades e direitos preponderantes aos dos individuos. Poristo mesmo, que tem direitos superiores, como condição de realizar o bem commum,—o seu exercicio não póde ser obstado pelos individuos, á invocação de seus direitos individuaes somente; succedendo, ao contrario, que a acção do Estado póde, sciente ou inscientemente, sacrificar-os, quando o bem da conectividade assim exigir. Mas, como o

bem colectivo é, em ultima analyse, o bem dos proprios individuos que compõem o Estado, segue-se, que este tambem não poderá ter ou exercer direitos ou faculdades, que importem, *sempre e irresponsavelmente*, em um mal do individuo. Por conseguinte, os efeitos do mal, quando porventura commettidos pelo Estado, devem ser distribuidos pela collectividade, do mesmo modo, que se dá com os efeitos do bem commum; ou o que é o mesmo, — a obrigação logica da collectividade de indemnizar o mal soffrido *individualmente* por um acto do Estado,— repartida a sua quota pelos individuos, como o exige a igualdade dos direitos e encargos, que cada um deve ter na collectividade-Estado. Por certo, o poder ou a prerogativa *institucional* do Estado sobre os direitos individuaes é enorme: vae, como se disse, até ao ponto de violar conscientemente taes direitos, desde que se proponha aos seus fins do bem publico ou commum, razão fundamental do proprio Estado. Mas, nem por tudo isso, pôde elle considerar-se estranho ao principio do direito; antes, é o direito, que lhe reconhece tamanho poder em vista da sua grande missão; queremos dizer, o grande poder do Estado não vae até arrogar-se o privilegio da irresponsabilidade pelo damno dos direitos individuaes; porque isso, além de tudo, seria contrario á igualdade dos encargos, que o Estado garante a todos e a cada um dos proprios cidadãos.

62. — Precizados deste modo os termos geraes da questão, resta - nos agora particularisal - a nestes dous pontos: 1) Qual o caracter ou gráu da responsabilidade civil, cadente sobre o Estado,— primaria ou subsidiaria,—exclusiva ou solidaria; 2) Até onde se pode estender, e onde deve cessar dita responsabilidade.

Sobre o primeiro não ha necessidade de fazer grande, razoado, assentado, que os actos do funcionario, na sua qualidade de *representante* do Estado, são actos deste, é logico inferir que, ao Estado cabe responsabilidade *primaria* nas lesões do alheio direito, quer as lesões

provenham de actos contractuaes e licitos, quer de actos extracontractuaes ou illicitos (delicto ou quasi - delicto).

62 a. — Quanto ao saber, si ella deve ser *exclusiva* do Estado ou *solidaria* com o funcionario, divergem os pareceres. Não entraremos, por escusado, na sua controversia; citaremos, apenas, um dos mais recentes escriptores, o qual, tratando deste ponto, se exprimira deste modo:

Si, en effet, le fonctionnaire a agi dans l'esprit de sa fonction, c'est - à - dire en poursuivant effectivement le but qu'avait l'Etat en établissant cette fonction, il ne peut être respousable *ni vis - à - vis de l'Etat, ni vis - à - vis des particuliers*, alors même qu'il ait commis une faute.—Il ne peut être responsable vis - à - vis des particuliers. En effet, l'acte étant accompli dans un but étatique, dans le but même pour lequel a été établie la fonction publique considérée, et auquel, par consequent, se trouvent affectés les biens formant le patrimoine de l'Etat, c'est ce patrimoine qui doit supporter tous les risques qui résultent de l'accomplissement de cet acte; c'est sur lui que doit être prise la réparation du préjudice cause á d'autres patrimoines. Comme, d'autre part, une double réparation ne peut être accordée, le patrimoine du fonctionnaire ne devra supporter aucunement la réparation accordée au particulier. En outre, alors même qu'une faute a été commise par le fonctionnaire, si celui - ci a poursuivi le but de sa fonction et, par consequent, un but étatique, le patrimoine de l'Etat devra supporter définitivement le risque.¹³³

Pensa igualmente o citado autor que, imposta ao Estado a obrigação de reparar o damno, soffrido por um particular, elle não poderá pretender uma compensação regressiva do patrimonio do funcionario... *"il n'aura aucun recours contre le fonctionnaire en faute"*; desde que o funcionario, embora tendo commettido uma culpa, se mantenha *no espirito da sua funcção*, isto é, tenha proseguido o fim conforme á regra de direito e cuja realisação o Estado quizera assegurar ao constituir semelhante funcção.¹³⁴ E observa ainda, que este seu modo de ver coincide com a distincção, *agora admittida de maneira uniforme pela*

¹³³ Duguit, ob. cit., p. 638-39.

¹³⁴ Ibidem.

jurisprudencia e a mor - parte dos autores,— entre a culpa de função e a culpa pessoal (*entre la faute de fonction et la faute personnelle*); havendo, além disto, uma dupla vantagem na maneira particular, pela qual elle encarara o assumpto. Primeiro, porque della resulta logo a justificação da propria distincção; pois se estabelece que, mesmo no caso de culpa do funcionario, si este conservar-se no espirito da sua função, só o Estado póde ser definitivamente responsavel, e não o funcionario; depois, porque se tem, ao mesmo tempo, o criterio para se conhecer a culpa *pessoal* e a culpa de *função*, a dizer: fica-se sabendo que, o que caracteriza a culpa de função, relativamente á culpa pessoal (*par rapport á la faute personnelle*) não é a gravidade da culpa, mas o fim proseguido pelo funcionario no acto praticado.

Si elle prosegue um fim funcional, insiste o autor, por mais grave que seja a culpa, é uma culpa de função, e não culpa pessoal; portanto, o funcionario não é responsavel... A culpa pessoal só se dará, quando o funcionario proseguir outro fim que não aquelle, em vista do qual, a lei lhe conferiu determinada competencia.¹³⁵

*“ Ce n’est donc pas véritablement le degré de la faute, qui est le fondement de la responsabilité du fonctionnaire ; c’est la nature, l’object de la faute ”.*¹³⁶

Não concordamos certamente com o illustre professor Duguit neste modo de excluir por completo a co - responsabilidade do funcionario, desde que se conserve dentro dos fins, para os quaes fora nomeado; porquanto o funcionario, pessoa dotada de intelligencia e vontade propria, pelo facto da *representação*, não desaparece totalmente na pessoa do representado. Elle subsiste, como pessoa distincta, com

¹³⁵ Loc. cit., p. 640.

¹³⁶ Loc. cit., p. 645.

direitos e deveres definidos, seus próprios, já em relação ao Estado, que representa, já em relação ao publico ou aos terceiros, com quem se acha em contacto. Por isto, mesmo no exercicio de seus direitos peculiares de funcionario e no desempenho dos deveres correlatos, elle não pode deixar de tambem responder pelas lesões, que porventura commêta contra o alheio direito: é um principio ou obrigação elementar de justiça. Dúvida pode haver, sim, quando, dada uma responsabilidade *particular* nas funcções do proprio cargo, si quizer determinar, si ella deva caber toda ao funcionario, toda ao Estado, ou a ambos solidariamente; mas excluir, desde logo, o funcionario, *em principio*, de toda responsabilidade, não é erro menor, do que excluir, do mesmo modo, ao Estado, como outros tem pretendido. Segundo o nosso juizo, a regra a seguir na materia deveria ser esta: *a)* sempre que o funcionario agir, fora da sua *qualidade propria de representante*, a responsabilidade do acto lesivo é toda sua, exclusivamente delle; *b)* quando agindo, embora nessa qualidade, o fizer de modo *illicito* ou *illegal*, cabe-lhe responsabilidade *solidaria* com o Estado, podendo ser chamado a responder pelo damno, tanto pelo lesado, como pelo Estado; tendo este, alem do emprego das penas disciplinares, o direito de indemnisação regressiva, si tiver sido obrigado a reparar o mesmo damno; *c)* quando, porém, o acto do funcionario fôr praticado, *conforme as normas leaes estabelecidas*, a reparação da lesão, porventura, resultante, deve ser toda imputavel ao Estado somente, o qual, ainda que tenha de effectivamente indemnisal - a, não terá por isso acção regressiva contra o seu representante; porque elle nada mais fez, do que cumprir com o seu dever de funcionario nas circumstancias.¹³⁷

62 b. — A questão especial de saber — até onde vae, e onde deve cessar, a responsabilidade do Estado, requer, sem duvida, um exame mais detido das razões apresentadas.

¹³⁷ Ha ainda quem pretenda, que o funcionario, em qualquer caso, só deveria responder ao Estado, e jamais aos individuos lesados, por não ter aquelle nenhuma dependencia ou obrigação, propriamente dita, para com estes.

PRIMEIRA RAZÃO.— No entender de não poucos autores, e certamente, muito distintos, semelhante responsabilidade se restringe aos actos praticados dentro dos limites legais da acção do funcionario, porque, fora de taes limites, já não é mais representante do Estado.¹³⁸

Si por esta proposição se quer significar, que o funcionario, *fóra da sua qualidade ou character publico*, não é representante do Estado, ella é verdadeira; mas, si pela mesma, se pretende, que o acto illegal ou feito com excesso de competencia, *só por isto*, deixa de ser acto do representante do Estado, pela allegação sabida, de que o representante não recebera a faculdade de proceder fora da lei; então, já não poderá ser tida, por verdadeira, a alludida proposição...

Não é de razão nem de justiça admittir, que seja licito ao Estado considerar o funcionario, num mesmo tempo e funcções, como *sendo e não sendo* o seu representante, segundo os actos deste lhe mereçam approvação ou lhe tragam proveito; quando, alias, impõe aos individuos o dever ininterrupto de sempre obedecer - o, como seu legitimo representante nos differentes actos.

Assim não pode ser. Seria o caso de invocar por analogia o texto consagrado pelo pretor romano, acerca da responsabilidade do *dominus* nos actos do *institor*: *Aequum Praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligare nos ex contractibus ipsorum, et conveniri*. (Dig. 1. XIV, tit. III).

O já referido argumento de que o funcionario, agindo *com culpa* ou *excesso de poder*, deixa de ser representante do Estado, não tem força para dirimir a responsabilidade civil deste ultimo. O individuo não é livre de achar-se , ou não, na relação de subordinação ou obediencia para

¹³⁸ Vide: Chironi, *Colpa Contrattuale*, ns. 225 sg., *signanter*, ns. 282 e 233. Cf. Loening, ob. cit.; Piloty, ob. cit.

com o funcionario, que lhe é indicado ou imposto pelo Estado em dadas funções. Consequentemente: desde que ao individuo não cabe a faculdade de verificar, primeiro, a verdadeira situação jurídica do funcionario no momento para, segundo for ella, prestar, ou não, depois, obediencia ao mesmo, com ressalva dos seus direitos; desde que, ainda quando isso fosse licito ao individuo, este, em uns casos, não teria os elementos precisos para formar juízo seguro a respeito, e em outros, a sua desobediencia ou resistencia aos actos do funcionario ser-lhe - hia inteiramente impossivel, ou o exporia á consequencias graves, senão, ao soffrimento de danos ainda maiores; desde que, finalmente, o proprio Estado não póde deixar a efectividade e efficacia das funções publicas a semelhantes eventualidades;— é incontestavel, que ao Estado incumbe assumir a responsabilidade do damno resultante dessas funções, sem assistir-lhe o direito de distinguir nas hypotheses referidas de culpa ou excesso de poder por parte do funcionario. O exame destas condições terá a sua razão de ser, em vista das penas disciplinares, que o Estado deva inflingir ao seu representante infiel, ou das penas criminaes, em que este possa incorrer; quanto, porém, á reparação civil do damno, ellas não podem ser invocadas em favor do Estado: o representado responde pelos actos do seu representante, salvas apenas as restricções da lei expressa ou d'outras razões consagradas de igual valor, relativamente ao facto sujeito.

Isto posto, entendemos que o *representante* age nesta qualidade: 1º quando pratica o acto no exercicio das suas funções e dentro dos limites da sua competencia; 2º quando pratica o acto, mesmo com *excesso de poder*, mas revestido da autoridade do cargo, ou servindo-se dos meios deste, isto é, meios, de que não poderia dispor na occasião, si não se achasse na posse do cargo; 3º quando o cargo tenha influido, como *causa occasional* do acto. Convém observar que, a não se tratar de casos de *omissão*, ou de certos actos especiaes¹³⁹, a questão da

¹³⁹ Hic, p. 320, e 327 sg.

culpa ou *dolo* é impertinente, desde que o acto do representante é acto do representado, seja o acto lícito ou ilícito.

62 c. — Além disso, a *theoria* em questão se mostra contraditória na sua própria aplicação aos factos: nos actos ilícitos extra - contractuales, diz-se , que o Estado não deve responder, porque o funcionario age fora da lei, isto é, com dolo ou culpa, que a lei veda; no entanto, nos actos ilícitos contractuales, não obstante o funcionario agir com igual dolo e culpa, se entende que o Estado deve responder: ou porque o acto é reputado dentro da vontade deste, ou porque semelhante responsabilidade é um preceito de justiça...

Daraus ergebe sich, dass der Wille und dessen Erklärung nach der Person des Stellvertreters zu beurtheilen seien und aus diesem Prinzip folge, dass der dolus des Stellvertreters beim Schluss des Vertrags seine rechtliche Wirkungen gegen den Vertretenen ausübe.....War der Vertreter nur bevollmächtigt zum Abschluss eines derartigen Vertrags überhaupt, so erzeugt der Vertrag in der Gestalt, die er durch die Willenserklärung des Vertreters erhalten, seine rechtlichen Wirkungen für und gegen den Vertretenen und ist hervorgegangen aus der Forderung der Gerechtigkeit, dass derjenige, der sich zum Abschluss von Verträgen eines Stellvertreters bedient, weil er will oder weil er muss, auch die Gefahr zu tragen hat, welche für den dritten Contrahenten daraus erwachsen kann, dass nicht der aus dem Vertrag Berechtigte und Verpflichtete den Vertragswillen erklärt, sondern dass seine Willenserklärung durch die Willenserklärung eines Stellvertreters ersetzt wird.¹⁴⁰

Segundo *Savigny*, a responsabilidade pelo acto ilícito do representante, na espécie, se dá, porque o dolo e a culpa são de considerar, como uma *modificação* inerente à obrigação principal (*als eine von der Hauptobligation untrennbare Modification*), e na qual o consentimento do representado (pessoa jurídica) é coisa indiferente.¹⁴¹

¹⁴⁰ Loening, ob. cit., p. 60-61.—Cf. Chironi, *Colpa Contrattuale*, n. 285; Meucci, *Inst. di diritto amministrativo*, p. 260 Sg.

¹⁴¹ Vide: Loening, loc. cit., p. 59.

Mas, como justificar essa distinção incongruente? Uns e outros actos não são, identicamente, praticados pelo funcionario, como representante do Estado, e em ambos elles, não concorre o elemento do dolo ou da culpa, que os torna illicitos, isto é, praticados com a violação do direito?!...¹⁴²

Si a theoria, que nega a responsabilidade do Estado pelos actos illegaes do funcionario, fosse admissivel, a sua consequencia não devia ser a de *delimitar* certos actos de responsabilidade, dos de não - responsabilidade do Estado; mas, positivamente, a de excluir toda e qualquer responsabilidade deste pelos actos lesivos da administração publica, a menos que a lei expressa não houvesse ordenado o contrario.

O exame do excesso de poder, da culpa ou dolo do funcionario serve, com certeza, para apurar a responsabilidade civil ou criminal do mesmo, quer para com o Estado, quer para com os individuos interessados; mas, não é da culpa ou dolo, nem do excesso de poder, que se póde tirar argumento *fundamental* da responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado. A primeira resulta do principio geral, de que a violação de um direito acarreta comsigo a obrigação de reparar,— conceito essencial da justiça; queremos dizer, semelhante obrigação é perfeita em direito, mesmo sem cogitar do facto da culpa por parte do agente. Esta regra tem, e nem podia deixar de ter, excepções numerosas; não só, porque a obrigação de indemnisar póde cessar em vista de circunstancias justificativas do damno segundo os principios geraes do direito (a *necessidade ou força maior, ou a culpa occasional* por parte do lesado), mas tambem, porque os fins superiores do Estado podem as vezes exigir, que o sacrificio de certo direito individual se dê, sem que, por isto, lhe resulte um dever de reparação.

¹⁴² Meucci, ob. cit., p. 286 sg.:—“Se lo Stato può violare nn diritto contrattuale coll’opera dei suoi agenti, non v’è ragione percho non possa violare nn diritto extra-contrattuale col mezzo medésimo...”

Tambem casos ha, ainda que excepcionalmente, nos quaes é preciso cogitar mesmo da culpa, como *elemento concorrente* para se poder affirmar, como já se disse, a responsabilidade do Estado, taes são: 1) quando a lesão provier de uma omissão verificada do funcionario; 2) quando, tratando-se de acto que a lei autorizara, mesmo na previsão de trazer um damno relativo ao individuo por assim exigir o bem publico,—se demonstrar, todavia, que na sua execução se procedeu com excesso de poder, culpa, ou dolo.

Esta condição prevalece, nomeadamente, nos actos de policia de segurança ou sanitaria, e em outros casos analogos.

62 d. — SEGUNDA RAZÃO. Uma outra theoria, procurando distinguir os actos, praticados pelos funcionarios - prepostos, dos praticados pelos funcionarios-*orgãos*, admite a responsabilidade do Estado quanto aos primeiros, e a nega quanto aos segundos. Tão infundada é, porém, essa theoria, que não nos deteremos para demonstral - o. Já se disse em outro lugar o bastante a esse respeito (p. 261 seg.). Chamem-se *orgãos*, *funcionarios* ou *prepostos*, todos elles dentro do circulo das proprias funcções ou competencia legal *representam* a pessoa-Estado. E' certo, que ha funcionarios superiores, representando a vontade ou a funcção central da vida collectiva,¹⁴³ e funcionarios inferiores, de nomeação dos primeiros, desempenhando apenas funcções restrictas sobre dado serviço; mas uns e outros são igualmente *representantes* do Estado, e qualquer delles só o é na esphera das suas attribuições peculiares. A propria competencia dos órgãos superiores, soberanos, é limitada pelas competencias dos demais, embora seus inferiores ou subordinados.¹⁴⁴

¹⁴³ São os órgãos no sentido da nota 13 á p. 101.

¹⁴⁴ Gierke, ob. cit. p. 686-691.

62 e. — TERCEIRA RAZÃO. Temos ainda a *theoria*, ora dominante segundo alguns,¹⁴⁵ e *absurda* segundo outros,¹⁴⁶ a qual, dividindo, como se sabe, os actos do Estado em actos de *gestão* e actos do *imperio*, simplifica a solução da controversia, — declarando o Estado responsavel pelas consequencias dos primeiros, como qualquer outra pessoa juridica do direito privado, — e irresponsavel pelas dos segundos, por se tratar de actos da sua pessoa politica ou soberana. Já tivemos occasião dever que, não obstante a sua singeleza, a referida doutrina não se mostra capaz de firmar uma regra, *geral, certa, segura*, acerca de todos os casos, em que a responsabilidade civil do poder publico deva com razão cessar ou não ser admissivel.¹⁴⁷

Antes, porem, de proseguir sobre esta questão em particular, cumpre-nos deixar bem claro o nosso pensamento, quanto á distincção, que se pretende, em si mesma. Não se diz que esta distincção entre actos de *gestão* e actos do *imperio* seja descabida; ella tem á sua razão de ser certamente porquanto, exemplificando, se vê que os actos, nos quaes o Estado apparece, como empresario de estradas de ferro ou de outros serviços industriaes, não são identicos áquelles, nos quaes o mesmo se apresenta, *providenciando, ordenando*, com a autoridade ou caracter de *poder publico*, taes como,— nas medidas de ordem e segurança publica, nas decisões judiciais, nas operações da força militar e cousas semelhantes. Do mesmo modo, tambem não se contesta que os actos, em que o Estado se põe, por assim dizer, ao nivel dos individuos particulares, entrando com elles em relações de *apparente igualdade*, isto é, fazendo

¹⁴⁵ Giorgio Georgi, Delle Persone Giuridiche, t. III, p. 179, n. 83.

— E' da propria natureza da cousa, que cada um seja *representante* da pessoa juridica do Estado, não só porque, seria impossivel a um só funcionario desempenhar todos os fins e misteres, como ainda porque, segundo o direito positivo, o funcionario, por mais lata que seja a sua competencia e poder, não póde exercer as funcções do alheia competencia, ainda que de categoria subordinada. Cada um só funciona, legalmente, na esphera das attribuições proprias, e todos elles recebem a jurisdicção ou competencia de uma mesma fonte, — a lei.

¹⁴⁶ Solari, ob. cit., p. 125.

¹⁴⁷ Hic, p.256 sg.

de proprietario, comprador, vendedor, locador, locatario, credor, devedor, etc., possam ou devam ser apreciados e julgados segundo os principios do direito privado, como aliás, já se tem entendido e praticado pelos tribunaes nos diversos Estados. Desde que taes actos ou relações se mostram analogas ou identicas ás que se dão entre os proprios individuos particulares, nada repugna, que sejam sujeitas á sancção de identico direito. Não é sob este aspecto, que encaramos a distincção no momento. A impugnação que se lhe faz, consiste em affirmar, que, não sendo *sempre* possivel fazer a preconisada distincção entre os actos do Estado, ella não pode servir de base a um systema, nem tão pouco, fornecer o criterio necessario para, segundo o mesmo, se dizer, quaes os actos que são, e quaes os que não são, susceptiveis de crear uma responsabilidade civil para o Estado.

E' preciso insistir: não ha no Estado duas pessoas distinctas, como se tem dito, uma civil e outra politica. O Estado é *uno*; exerce, apenas, como succede com os individuos, funcções de naturezas diversas. Quando exercita funcções, cuja natureza é identica áquellas, que exercitam os individuos privados, é de razão, que se lhe applicuem as mesmas regras, que regulam taes funcções entre os particulares,— "*ubi eadem ratio, ibi idem jus*"; quando, ao contrario, exercita funcções de natureza essencialmente differente, como são os actos de legislador, de governo e de juiz, é de vêr, que a taes actos já se não podem applicar regras identicas, até mesmo porque no seu estado actual, o direito privado não os comprehende na sua esphera.

Ora, assim entendida, repetimos,—nada ha que objectar contra a distincção dos actos de *gestão* e actos de *imperio* ou poder publico; comtanto que dahi não se conclua a responsabilidade pelos primeiros e a irresponsabilidade pelos segundos. Isto repugna á idéa da justiça, segundo a qual, toda lesão de um direito exige reparação, para

restabelecer o *equilibrio* da ordem juridica, isto é, para manter a situação logica e natural do “Estado de direito”.

O que, em verdade se dá, e com todo fundamento, é: *certos actos*, praticados em certos limites, não geram a responsabilidade do Estado, em vista da propria natureza e fins especificos do proprio Estado; mas tudo, que fôr além, não passará de simples pretensão theorica, incapaz de constituir um systema acceitavel para solução procurada do problema.

Si em outras épocas, nas quaes a vida do direito publico (direito do Estado) parecia normalisada, não fora possivel procurar, na distincção dos actos somente, um criterio geral para todas as hypotheses, em que se pudesse proclamar a irresponsabilidade do Estado; muito menos, sel-o-hia no actual momento, quando a theoria do Estado, ou melhor dizendo, dos multiplos problemas, que se põem *á sua conta*, constituem, apenas, proposições importantissimas, mas a môr parte dellas, ainda sob o martello incessante da discussão...Não ha criterios, absolutos, assas definidos, que autorizem a delimitar com precisão a estensão da responsabilidade do Estado em um futuro, mesmo proximo. Emquanto, de um lado, as tendencias individualistas do seculo querem cercear umas tantas attribuições e regalias, reputadas absorventes, do poder publico; de outro lado, os *avanços socialistas*, que o Estado moderno vae, cada dia, fazendo em nome do bem estar social, tornam por demais incerto, — até onde se alargará a esphera de acção *legitima* dos Estados democraticos. Resultando de tudo isto a necessidade manifesta de rever e reconsiderar os principios do direito, afim de applical-os devidamente aos novos actos e factos, que, de dia a dia, surgem na ordem juridica, pedindo solução.

Já não é somente o dever de justiça *distributiva*, que ora se exige do Estado; nos tempos modernos, este tambem reconhece aos individuos direitos de assistencia ou soccorros; e daqui juntamente, a

obrigação de garantir, em dados casos, a justiça reparativa em favor dos indivíduos, que se mostram nas condições de merecer-a...¹⁴⁸

Não ha mister, porém, de mais alongar-nos a respeito; destas e outras questões incidentes, para, por meio do seu estudo, chegarmos ao termo, a que nos dirigimos. Vamos, portanto, resumir o nosso modo de ver em poucas palavras.

62 f. — Aceito o principio da *responsabilidade geral do Estado* pelos actos dos seus representantes, não será impossivel, ainda que difficil, verificar tambem quaes sejam as condições *principaes*, em que a mesma deve cessar ou se torna inadmissivel. Em muitos actos, é a propria lei, que expressamente reconhece a irresponsabilidade do Estado, e esses actos podem augmentar ou diminuir aos olhos do legislador, sem, por isto, serem violados os principios fundamentaes do direito.

Tambem outros actos existem, que, não só, é direito, mas um dever imprescindivel do Estado, praticar, por serem sabidamente necessarios á *tutela* e *garantia* dos proprios direitos individuaes e do bem estar commum, taes por exemplo, os actos de *segurança publica* em geral e os de *justiça*; portanto, salvo as circumstancias especiaes de uma *lesão* manifestamente *grave* do alheio direito, seria contradictorio, senão absurdo, tornar o Estado *civilmente responsavel* pelas consequencias dos referidos actos.

¹⁴⁸ Não se ignora, que o direito moderno impõe ao Estado a obrigação de prestar socorro em varios casos; e no Brazil, esse direito, já garantido pela Constituição do Imperio (art. 179, n. 31), esta expressamente declarado no art. 5º da Constituição Federal. Nao se pretende afflmar que o dever de assistencia pelo Estado importe para o individuo um direito accionarei, em vista de uma reparação juridica individual. Mas, dada a tendencia socialista da legislação moderna, não se póde dizer, que assim não venha a ser, talvez em futuro pouco distante. Que o Estado já repara actualmente os prejuizos individuaes, provenientes de calamidades, naturaes ou sociaes (como exemplo das segundas, é de lembrar os effeitos das guerras), é facto sabido e aceito em boa consciencia juridica.

Do mesmo modo, o individuo póde concorrer, já de uma maneira positiva, já por omissão ou negligencia, para que se venha a dar o proprio damno, por elle soffrido; e nesta hypothese, tambem não seria justificavel, que recaisse sobre o Estado a obrigação de indemnisação - o: *"Qui damnum sua culpa sentit, nec damnum sentire videtur.—Qui occasionem damni dat, causam damni praestitisse videtur."*

— Em resumo, taes são os principios geraes, que devem reger os casos da não-responsabilidade civil do Estado. Abstemo - nos de formulal-os em normas mais positivas; porque estas, para serem acceitas, deveriam ser *ajustadas* a especies concretas,¹⁴⁹ e isto excede o objecto do presente Titulo.

Resta - nos, todavia, antes de encerral - o, dizer mais algumas palavras sobre a responsabilidade civil do Estado, quando se tratar, não de danos provenientes de actos positivos, mas de simples omissões do dever por parte do representante do Estado.

62 g.—Não ha o menor fundamento para negar a responsabilidade na especie; visto como, em todos os casos, em que a omissão é illegal, esta equivale inteiramente a um acto positivo.—*Zur Verneinung dieser Frage liegt nicht der mindeste Grund vor, da in allen Fällen, wo die Unterlassung selbst eine rechtswidrige ist, sie der positiven Handlung ganz gleichsteht.*¹⁵⁰

O que precisa, é provar, que a omissão ou a negligenciado dever fora realmente a causa efficiente do damno (*ah selbst fortwirkende Ursache*).¹⁵¹

¹⁴⁹ Será a materia propria do *Titulo Terceiro*, que se vae seguir.

¹⁵⁰ Zachariae, Deutsches Staats= u= Bundesrecht, Theil. II, § 146; Id. Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staats, p. 642.

¹⁵¹ Ibidem, p. 643.—Loening, partindo do principio que a responsabilidade nao se deriva, nem da illegalidade do acto do funcionario, nem do *dever de obediencia* dos *subditos* ao

— Palazzo afirma, que o individuo é civilmente responsável pelo dano sucedido a um terceiro, quando o dano devia ser impedido ou afastado por elle, e deixou de sel-o por sua negligencia ou imprudencia; ainda que o admitta, com todos os civilistas, que, para haver responsabilidade no caso, é necessario que o individuo, chamado a responder pelo dano, tenha, não só, uma obrigação moral, mas também, uma obrigação juridica, verdadeira e propria, de impedil-o... Este principio de direito privado, confessa o autor, se applica igualmente ao Estado; supposto a sua applicação tenha dado logar á controversia...¹⁵²

— Michoud entende que, em se tratando de omissões, o principio da responsabilidade civil só deve ser admittido na hypothese, de que ellas se dêem com culpa e equivalham, por seus efeitos, á uma ordem tacita, a qual se deva obediencia. Taes são os casos, figurados por esse autor, e dos quaes se fez a devida menção em outra parte.¹⁵³

62 h. — Resumindo, finalmente, esta questão, o que nos parece justo, é o seguinte: uma vez sabido, que a negligencia, a culpa ou o dolo *in omittendo* são susceptíveis da lesão de direitos individuaes do

mesmo, recusa a responsabilidade no caso de omissão; porque *obediencia*, se deve á uma ordem ou preceito, mas não, á uma omissão.—Ob. cit., pag. 104 e 126.

¹⁵² Palazzo, *Resp. civile dello Stato*, p. 65 sg. Este autor cita uma decisão do Conselho de Estado, (20 de novembro de 1875) recusando a responsabilidade do Estado na hypothese de danos feitos á propriedade individual, por occasião de motins ou perturbações da ordem, sob o fundamento de a autoridade ter sido omissa em tomar as devidas precauções.

— Zachariae cita, pelo contrario, uma decisão da Côte Sup. de Appellação de Cassel reconhecendo a responsabilidade do Estado nestes termos peremptorios: *Der Staat sei für den Schaden, welcher in Folge von Handlungen oder Unterlassungen der zu Aufrethaltung der öffentlichen Sicherheit bestellten Beamten bei Gelegenheit eines Volksauflaufs eugefiigt worden, selbst ohne vorgängige Ausklagung des unmittelbaren Urhebers des Schadens wid des Beamten zu haften verbunden.*—Loc. cit., p. 614.

— Loening, que combate, aliás, a responsabilidade do Estado pelos danos *provenientes da omissão*, como se disse, também cita a lei de dous Estados Allemães,— Grande Ducado de Hesse, e Sachen-Altemburgo, (do primeiro, de 3 de março de 1859, e do segundo, de 25 de março de 1837), reconhecendo a responsabilidade das municipalidades pelos danos resultantes de *tumultos* e *perturbações da ordem*, quando as respectivas autoridades locais não tenham feito todo o possível para impedil-as. — Loc. cit., p. 127, *nota*.

¹⁵³ Michoud, loc. cit.—Hic, p. 198-199.

mesmo modo, que os actos positivos (*culpa in faciendo*), não se pode deixar de dizer, que ao Estado cabe igualmente, ao menos em principio, a responsabilidade civil da lesão, quando resultante da omissão ilegal ou culposa dos seus representantes. Mas, de outro lado, não recusando, e antes, reconhecendo a necessidade, de que o poder publico tenha, ás vezes, faculdade discricionaria, irresponsabilidade mesmo, em *não agir* em dadas circunstancias, conforme ao seu criterio exclusivo; pensamos juntamente, que a responsabilidade civil do Estado, nas condições alludidas, deverá ser apreciada debaixo de dous aspectos differentes:

1) Quando se tratar de um *dever geral* de prestar certos serviços, ou de tomar as medidas convenientes acerca de certos ramos da administração, digamos, relativamente á saúde publica, á segurança das pessoas ou da propriedade, á conservação necessaria das vias publicas, e cousas semelhantes,— e da sua omissão, por *inadvertencia* ou *simples negligencia* da respectiva autoridade ou funcionario, resultar um damno a terceiros; nem, por isto somente, se deverá logo concluir, que ao Estado resulta uma obrigação de indemnisal-o. Seria tolher por demais á administração publica na liberdade de acção, que *institucionalmente* lhe compete; sendo, neste ponto, de manifesta procedencia a ponderação feita por Loening, de que o individuo não tem o *direito de acção* contra o Estado (*keinen Rechtsanspruch an den Staat*), para obrigar - o á cumprir os seus fins proprios, ou para que as leis e os regulamentos, promulgados no interesse geral do Estado, sejam desde logo executados. Assim como, accrescenta esse autor, não sendo a missão do Estado, o promover os interesses privados dos individuos, e as leis não sendo essencialmente adoptadas pelo Estado no interesse privado dos mesmos; segue-se que tambem não existe para o Estado a obrigação de indemnisar o damno,

que, porventura, succeda aos individuos, pela não - execução das mesmas leis e mais actos semelhantes, fallando-se de maneira geral.¹⁵⁴

2) Quando, porém, se tratar de um dever, particularizado pela lei, ou pelas circunstancias especiaes do caso, por exemplo, o dever da autoridade publica competente de impedir que se *realise* um ataque á propriedade, tendo sido avisada ou solicitada, em tempo, para impedil-o, e, não obstante, deixado o acto consummar-se por sua negligencia, culpa ou dolo;— em caso tal, entendemos, que a responsabilidade civil do Estado é de rigorosa justiça; porque a omissão alludida é a *causa eficiente* do damno, de maneira tão manifesta e irrecusavel, como se elle proviesse de um acto, realmente positivo, illegal ou culposo, do representante do Estado, em relação ás garantias da segurança individual e da propriedade.

Como casos analogos da omissão de um dever legal particularizado, e, consequentemente, devendo acarretar os mesmos efeitos juridicos, poderíamos ainda lembrar: *a)* o não despacho ao pedido de certidão da *nota da culpa* ou de outros instrumentos da defesa, quando feita pelo preso ou detento; *b)* o não despacho de licença para a reconstrucção de obras, que, pelas suas circunstancias, se tornam urgentes; *c)* o não despacho sobre a entrega ou restituição demorada de objectos apprehendidos ou depositados sob a guarda de repartições ou funcionarios publicos; *d)* o não despacho sobre a permissão de expôr ´s venda generos do commercio, sob o pretexto infundado de serem elles nocivos á saude publica, etc, etc.

Seria, comtudo, de advertir que, em todos esses casos, se presuppõe que o dever de praticar o acto assenta em lei expressa, e que o não cumprimento desta se dá por negligencia ou culpa do funcionario incumbido do serviço em questão.

¹⁵⁴ Loening, ob. cit., p. 126-127.

62 i.— De quanto ficou dito, considerâmos revista toda materia do presente capitulo, pelo menos, nos seus aspectos principaes; e, como conclusão final, relativa á limitação do principio da responsabilidade do Estado, estamos convencidos, de que se póde, fundadamente, estabelecer o seguinte:

— Ella cessa, nos casos positivos:

a) quando se tratar de acto, declarado discricionario ou isento de responsabilidade por disposições da lei;

b) quando o lesado dêr causa directa ou occasional para que succeda o acto em questão ;

c) quando o acto fôr de considerar um caso de força maior;

d) quando o damno resultante de actos, reconhecidamente essenciaes á vida collectiva ou ao bem commum, como os de segurança publica e outros analogos, fôr de effeitos relativamente pequenos, e não provenientes de culpa ou excesso de poder por parte do respectivo agente;

e) quando o acto fôr praticado pelo agente, fora da sua *qualidade de representante* (hic, p. 319).

— A responsabilidade cessa igualmente, quanto ao damno, proveniente da omissão, desde que se não provar que a omissão foi *proposita*, isto é, motivada por culpa ou dolo do funcionario.

Em boa razão, é tudo quanto nos parece se poder affirmar *a priori*; sem desconhecer, todavia, que as hypotheses alludidas possam, talvez, ser susceptiveis de ampliação, em vista das circumstancias do caso particular...

TITULO TERCEIRO

PRATICA DOS SYSTEMAS

CAPITULO I

A Jurisprudencia Franceza

§ 1º INDICAÇÕES PRELIMINARES

63. — No exame da materia da responsabilidade civil do Estado, feito em vista do direito positivo e a jurisprudencia franceza, dous factos principaes desafiam desde logo attenção particular: *primeiro*, a questão, por assim dizer, *previa da competencia*, isto é, á qual das duas jurisdicções pertence o conhecimento do acto arguido,— si ao contencioso administrativo, si aos tribunaes judiciarios; *segundo*, a classificação doutrinaria dos actos do Estado, em actos de governo ou de poder publico (*actes de gouvernement ou de puissance publique*) e em actos de gestão (*actes de gestion*).¹

¹ Examinando os diversos autores, os principios invocados do direito publico francez, e os considerandos das decisões administrativas e judiciais, se vê que na jurisprudencia se tem admittido as seguintes distincções: 1) distracção entre os actos de *governo* e actos de *administração*; 2) distracção dos actos da administração em actos de *imperio* e actos de *gestão* (actos puissance publique et actes de gestion); 3) distincção de actos do *serviço* e actos *pessoaes*; para, depois de tudo isso considerado, se poder *extrahir* o *fundamento* da responsabilidade civil do Estado. Uma jurisprudencia, baseada em taes *elementos*, uns apenas suppostos, outros demasiado subtis, não podia deixar de mostrar-se, em muitas casos, incoherente e contradictoria...Tal é, realmente, o que tem succedido.

Com relação á primeira das distincções indicadas, a dizer, relativa aos actos de *governo* e actos de *administração*, M. J. Lonné publicou, ha pouco tempo, um trabalho especial, tendo em vista demonstrar a sem-razão de semelhante distincção. Entende, ao contrario, que esta theoria que declara os actos de *governo*, sempre *irresponsaveis*, ou não sujeitos á nenhuma jurisdicção, e um perigo permanente, e, aliás, sem base juridica ou fundamento expresso no direito positivo.

" E', diz elle, uma porta entreaberta ás illegalidades, as mais apparentes e perigosas,—porque o poder concedido ao governo é incerto e mal definido... A nossa affirmacção é, que o pensamento exacto de nosso direito publico tem sido o de submeter todo acto de poder publico, mesmo os suppostos *actos de governo*, ás regras ordinarias do contencioso administrativo...Contra os abusos do poder nós protegemos o direito

A questão da competencia constitue, quasi sempre, a parte mais importante dos *considerandos* das decisões, quer proferidas pelos tribunales judiciais, quer pelos tribunales administrativos; porque, segundo os principios geralmente admittidos, ella interessa ao proprio fundo da acção ou pretensão.

De modo geral se póde dizer: quando se trata de uma responsabilidade de direito commum (por actos de gestão), derivada dos arts. 1382, 1383 e 1384 do cod. civil, a competencia judiciaria deve prevalecer; quando, ao contrario, se trata de responsabilidade de natureza diversa, regida pelo direito administrativo, ou derivada de relações especiaes entre o Estado e os seus funcionarios, e não das relações ordinarias de um committente com os seus prepostos, a competencia deve caber, ao menos em principio, á jurisdicção administrativa.²

Os artigos citados e, porventura, applicaveis á materia, dispõem :

individual, declarando que todo governo, que se põe acima das leis, contrahe uma responsabilidade, e, não somente politica, mas tambem judiciaria. "

Lançando rápido olhar sobre a lei e a jurisprudencia estrangeira, Lonné acha que na Allemanha e na Italia predominam theorias analogas ás da jurisprudencia franceza acerca dos actos de governo; e quanto aos outros paizes, acerescenta: na Austria e na Hespanha, "*on ne trouve plus ici l'acte de gouvernement;... en principe, l'acte de puissance publique emanant du pouvoir central peut être porte devant une jurisdiction administrative*";—na Inglaterra e nos Estados Unidos,—"*la theorie de acte de gouvernement, parfaitement inconnue, n'est susceptible d'aucune application*";—e mesmo na Belgica, não obstante a lei manter a separação entre a autoridade judiciaria e a administração activa,—"*le droit individuel est ici dâmirablement protégé contre l'acte de puissance publique... Il appartient aux tribunaux, sinon d'arrêter l'exécution d'un acte administratif illegal, au moins d'en apprécier les conséquences par rapport aux intérêts civils de la personne lésée*"; não sendo, portanto, de admittir neste ponto a opinião de Laferrière, quando considerara o systema belga inferior ao systema francez... Basta attender, diz Lonné, que os tribunales judiciais belgas podem conceder indemnisação por um acto administrativo vexatorio, e que a victima de um acto illegal pode accionar o autor por danos, fundando-se nos arts. 24, 92 e 107 da Constituição.—Lonné, *Les Actes de gouvernement*.— Paris, 1898.

— Nos logares proprios se dirá sobre as outras *distincções de actos*, á que se alludio, bem como, de maneira mais completa, sobre a jurisprudencia dos diversos paizes, a que o citado autor tambem se referira.

² Laferrière, *Traité de la Jurisdiction Administrative*, t.I, p. 674.

Art. 1382. *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, a le reparer.*

Art. 1383. *Chacun est responsable du dommage qu'il a cause non milement par son fait, mais encore par sa negligence ou par son imprudence.*

Art. 1384. *On est responsable non seulement du dommage que l'on carne par son propre fait, mais encore de celu i qui est cause par le fait des personnes dont on doit repondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.*

Mas admittindo, que essas disposições tenham igual aplicação aos actos da administração publica, observa-se , subsistiria a dificuldade de saber, quaes destes actos deveriam cair debaixo da soa sanção.

Conforme ao conceito, de que o Estado, ora age, como pessoa politica ou poder publico, propriamente dito, e ora como pessoa privada, entende Michoud que, segundo as decisões da jurisprudencia franceza, o Estado, nesta *segunda qualidade*, está sujeito ás regras do cod. civil; advertindo, porém, juntamente : fora da materia de contractos, na qual o Estado é obrigado a responder pela culpa nas mesmas condições de qualquer outra pessoa moral, a jurisprudencia só o considera pessoa privada em um caso unico, — “*où il a agi dans l'exploitation de son patrimoine prive*”.^{2.a}

Quer dizer, que no mais, on se tratando em geral dedamnos causados pelos funcionarios e agentes dos serviços publicos, o que prevalece é a regra contraria, isto é, a da competencia administrativa. Eis aqui as proprias palavras do *Tribunal dos Conflictos* sobre este ponto em

^{2.a} L. Michoud. *De la responsabilité de l'Etat* (na *Revue du Droit Public*, t. 4º p. 4).—Cf. Laferriere, loc. cit, t. I, p. 684. (ed. de 1896).

particular, proferidas, aliás, em um caso que, pela sua natureza, parecia competir á autoridade judiciaria:—"Considerando que a acção intentada por Mr. Blanco tem por objecto fazer declarar o Estado civilmente responsavel, pela applicação dos artigos 1382, 1383 e 1384 do codigo civil, do damno resultante do ferimento que a sua filha soffrêra por culpa dos operarios empregados na *administração dos tabacos*; que a responsabilidade, que pôde recahir sobre o Estado pelos danos causados aos particulares em razão de factos das pessoas empregadas no serviço publico, não pôde ser regida pelos principios que são estabelecidos no codigo civil para as relações de particular á particular; que esta responsabilidade não é, nem geral, nem absoluta; que ella tem as suas regras especiaes, que variam segundo as exigencias do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados; que, isto posto, e nos termos das leis acima indicadas (*leis de 16 e 24 de agosto de 1790 e 16 fructidor anno III*), a autoridade administrativa é a unica compepetente para conhecer da especie."—Trib. dos Confl. 8 de fevereiro 1873, "Caso - Blanco".³

A doutrina do "*Caso-Blanco*" não era, aliás, uma novidade; della se encontrava exemplo em decisões anteriores, mesmo de data relativamente remota (*Caso-Rothschild* de 1855)⁴; mas grande

³ Tratava-se de uma creança, ferida por um wagonête, devido á imprudencia de empregados da *administração dos tabacos*, pertencente ao Estado.—Vide: Michoud. loc. cit., p. 5. sg.; Laferrière, loc. cit., p. 681 sg.

⁴ Laferrière, loc. cit., p. 680 seg.

"Bien que n'appliquant pas dans ce cas le droit prive, le Conseil d'Etat admit la responsabilité de l'Etat *absolument*, comme s'il avait appliqué l'art. 1384—3° du code civil. Le jugement du Tribunal des Conflits presente une importance particulière, car la theorie qu'il consacre a été suivie depuis par toutes jurisdictions." — Bailby, loc. cit., p. 78.

A razão determinante da não applicação do direito privado vem de que não se tem separado a questão da responsabilidade, da questão da competencia; entendendo-se que o meio de manter a competencia administrativa sobre os actos dos funcionarios é subtrahir-lhes a applicação do direito privado. O que, observa Bailby, assim não é: nenhum principio se oppõe a que os proprios tribunaes administrativos sejam competentes para applicar as regras do codigo civil, as quaes elles invocam, alias, ao apreciar os contractos do Estado, que entram no circulo de sua competencia.—Loc. cit.

divergencia subsistira sempre entre a C orte de Cassação e o Conselho de Estado: aquella, sustentando nas suas decisões que o art. 1384 do cod. civil, que declara os patrões e committentes responsaveis pelo damno de seus empregados (*domestiques*) e propostos no exercicio das funções que lhes são confiadas, não comportava excepção em favor do Estado (C. C. 11 agosto 1848; 19 dezembro de 1854); este, ao contrario, repellindo sempre e energicamente a applicação do citado artigo aos actos da administração publica, e affirmando ao mesmo tempo, não só, que o poder judiciario era incompetente para conhecer da responsabilidade do Estado na sua qualidade de *poder publico*, como tambem, que semelhante responsabilidade devia ser apreciada por outros principios, que não os do codigo civil.⁵

Bem ou mal,   a ultima doutrina, que hoje se tem por assentada, a saber: que o Estado, quando mesmo tenha de responder pelos actos lesivos dos seus representantes ou funcionarios, não está sujeito  s disposições do direito commum, que rege as relações juridicas dos particulares; e. que, conseguintemente, a acção ou reclamação, apresentada por quem se diz lesado por taes actos, deve ser apreciada e decidida, ou segundo leis especiaes, porventura, reguladoras do caso, ou mesmo, segundo os principios geraes de equidade e justiça, mas, sem esquecer jamais a condição privilegiada da pessoa-Estado.

A esse proposito disse o illustre Laferri re:

A distincção entre os actos de gestão e os actos de autoridade, é que a jurisprudencia tambem tem recorrido, não satisfaz, por falta de *critério preciso* para determinar, onde cessa a intervenção do poder publico. E de tudo isso, a dificuldade enorme para o particular, que tem de accionar o Estado por danos causados, de saber qual a via legitima a seguir; não podendo, conseguintemente, evitar as declarações de incompetencia e outros inconvenientes analogos a esse respeito.—Loc. cit., p. 80-81.

⁵ J. B. Simonet, *Traité Elem. de droit public et administratif*, n. 536. Este autor cita os considerandos de duas outras decis  es em tudo acc rdes com os principios do “*Caso-Blanco*”.

Ce n'est donc pas l'article 1384 du code civil considere comme règle de droit positif, qui impose à l'Etat, dans certains cas, le devoir d'indemniser ceux qui ont souffert de fautes commises por un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions. Ce devoir découle uniquement d'une principe de justice dont la loi civile s'est inspire pour régler les rapports de particuliers à particuliers, dont la jurisprudence administrativo s'est inspirée a son tour pour régler les rapports de l'Etat avec ses fonctionnaires et avec les tiers, et que de lois spéciales ont appliqué dans quelques cas particuliers, par exemple, en matière de postes, de douanes, de contilbutions indirectes. Il ne serait pas juste, en effet, que des particuliers, lésés par les erreurs ou les fautes de fonctionnaires, restent victimes d'accidents, dont un service public est la cause ou tout au moins l'occasion, et il est conforme à l'équité que la responsabilité de l'Etat se substitue ou s'ajoute, dans certains cas, à celle du fonctionnaire. Seulement, comme cette responsabilité ne resulte pas d'une régie fixe de droit positif, comme elle doit varier d'après la nature des fautes, d'après les ordres donnés à l'agent, d'après l'indépendance plus ou moins grande de ses fonctions, il est naturel que l'appréciation de ces circonstances d'ordre administrativo releve de la jurisdiction administrative et non de l' autorité judiciaire.⁶

63 a. — Quanto á doutrina da distincção dos actos do Estado, em actos de *gestão* e actos de *imperio*, é ella em geral recommendada pelou autores francezes;⁷ e ainda que não se possa afirmar, que a jurisprudencia a tenha sempre tomado *declaradamente* para base das suas decisões, o facto é, que não haveria erro ou temeridade em dizer, que dita jurisprudencia a tem admittido em diversos casos, sobretudo, no intento manifesto de sustentar a *irresponsabilidade* do Estado pelos actos de soberania ou governo, propriamente ditos, quer praticados pelos seus representantes immediatos (Corpo legislativo, Chefe de Estado, Ministros,

⁶ Loc. cit., p. 679-680.

⁷ Não faltam, todavia, autores francezes, que combatam os fundamentos da alludida doutrina, Duguit, por exemplo, um dos mais recentes escriptores, assim se exprime: "Theoricamente, não podemos admittil-a, pois a propria distincção dos actos de autoridade, de actos que não tem este caracter, nos parece arbitraria. De outro lado, bem se vê que o direito moderno tem uma tendencia marcada para estender a responsabilidade do Estado e reconhecel-a mesmo em casos onde, segundo a doutrina dominante, o "poder publico" se manifesta muito claramente: a lei de 1895, reconhecendo o direito de reparação por motivo de sentenças injustas, nos fornece disso uma prova notavel".—Ob. cit., p. 638.

Magistrados), quer pelos simples funcionarios no exercicio das respectivas funcções.⁸ E não obstante a dificuldade pratica de fazer ou de guardar, em muitos factos, a distincção referida, se pode igualmente ajuntar, que são considerados na jurisprudencia, como principaes actos de imperio, os seguintes: os actos legislativos, os decretos e regulamentos do poder executivo, e as medidas deste poder de character geral, ou mesmo particular, relativas á policia e á saude publica, ou ordenadas nalgum outro interesse do bem publico, e bem assim,—os actos praticados em virtude de convenções diplomaticas, os actos directos da autoridade judiciaria, os factos de guerra, as ordens militares e mais serviços das forças publicas; entendendo-se que, como em taes actos o Estado age, por assim dizer, *discricionariamente* no interesse exclusivo da ordem ou do bem commum, para o qual fôra instituído, ou sendo elles o exercicio de um direito positivo,— não podem dar logar á nenhuma acção de indemnisação, muito embora sejam lesivos de interesses individuaes, os mais legitimos e incontestaveis. Só por *via graciosa* se poderá pedir qualquer modificação ou indemnização, relativamente aos actos arguidos.⁹

Esta é a doutrina consagrada, não ha duvida, pela jurisprudencia franceza sobre a materia.

Entretanto, da admissão destes dous principios — *a)* de que os actos do Estado não podem, em principio, ser submettidos ás disposições do direito commum,— *b)* de que os actos de poder publico não são

⁸ Laferrière—(*Traité de la jurid. administr.*) parece distinguir os actos, em actos de *soberania*, de *poder publico* (*puissance publique*), e de *gestão*; negando a responsabilidade do Estado quanto aos primeiros; admittindo-a, em certos casos, quanto aos segundos; e deelarando-a de *regra geral*, quanto aos ultimos. Nos primeiros elle inclue os actos legislativos, os de governo, os factos de guerra, e o exercicio do poder judiciario; observando, porém, que, com relação aos actos deste ultimo poder, dá-se, agora, a limitação feita pela lei de 8 de junho de 1895, dispondo que, si da revisão criminal resultar a innocencia do condemnado, este tem direito a exigir uma indemnisação pecuniaria do proprio Estado.—Ob. cit., t. II, p. 184-185.—Cf. Sourdat, *Traité Gén. de la responsabilité*, t. II, p. 510; Hauriou, *Les actions en indemnité contre l'Etat* (na REVUE DU DROIT PUBLIC, t. VI. p. 51-65).

⁹ Vide: Sourdat, ob. cit., t. II, ns. 1304-1306; Laferrière, locs. cit.

susceptíveis de responsabilidade do Estado, não se queira logo inferir, que o indivíduo, lesado nos seus direitos, se ache incapacitado de defendê-los, por não haver *remedio legal* a esse respeito. De maneira nenhuma. Enquanto do seu lado, diz Sourdat, a Corte de Cassação tem proclamado em numerosos arestos, que “as regras postas pelos arts. 1382, 1383, 1384 do cod. civ. são applicaveis, sem excepção, a todos os casos, em que um facto qualquer do homem causa a outrem um damno, produzido por culpa do seu autor; e que o Estado, representado pelos differentes ramos da administração publica, é passivel da condemnação, á que o damno, causado pela culpa, negligencia ou imprudencia de seus agentes, possa dar lugar; o Conselho de Estado, por sua vez, a despeito do principio por elle proprio firmado da não-sujeição ao direito commum, tem, não obstante, apreciado e resolvido sobre as diversas lesões dos direitos individuaes, submettidas ao seu conhecimento, apoiando-se igualmente em razões e argumentos, em tudo semelhantes, senão, identicos aos que resultam dos textos supra - indicados desse mesmo direito.”¹⁰

Isto, que disemos, se patenteia, aliás, das proprias palavras de Laferrière no seguinte trecho: “Quanto aos serviços publicos, para os quaes a lei não edictou regras especiaes de responsabilidade, a jurisprudencia do Conselho de Estado, se inspirando nos principios geraes do direito, reconhece que o Estado pode ser pecuniariamente responsavel pelas culpas dos seus agentes; sem, todavia, admittir que o art. 1384 do cod. civ. lhe seja *textualmente* applicavel”.¹¹

¹⁰ Sourdat (loc. cit., *nota* ao n. 1303) cita decisões numerosas neste sentido,—Cf. Laferrière, ob. cit., t. II, p. 190.—E’ de saber, que no proprio *Caso-Blanco*, já referido, o Conselho de Estado admittio a responsabilidade do Estado, a despeito do principio da não applicabilidade do direito comum aos actos da administração publica.

¹¹ Loc. cit., p. 189. Cf—Sourdat, loc. cit., ns. 1307, sg.

63 b. — Em justificação desta doutrina, que nega a applicabilidade do direito *commum* aos actos da administração publica, se costuma fazer duas allegações principaes.

Primeira: O *committente* ou o mandante nomêa prepostos ou mandatarios para a gerencia dos seus interesses proprios, mas o Estado ou o poder publico tem funcionarios, conforme ao disposto na lei, para a gestão dos interesses geraes ou *communs*; e enquanto as pessoas privadas *escolhem livremente* os seus auxiliares, o Estado não pôde siquer conhecer a todos os seus,— cuja nomeação e promoção dependem, as vezes, só do concurso ou da antiguidade; havendo, mesmo, auxiliares obrigados do Estado, taes por exemplo, os cidadãos sujeitos ao serviço militar e os officiaes proprietarios de seus postos (*proprietaires de leur grade*); finalmente, os *committentes* ordinarios podem e devem fiscalisar todos os actos de seus prepostos e mandatarios, ao passo que o Estado é obrigado a proceder por via de instrucções e regulamentos geraes, sob a sancção de penas disciplinares; não pôde *prepôr* fiscaes a todos serviços, e quando o fizesse, por quem seriam os proprios fiscaes fiscalisados?— *Quis custodiet custodes ?*¹²

Segunda: Si se quizesse fazer entrar, nas previsões do codigo civil, as relações do funcionario com o Estado, taes relações não seriam as do *preposto* para com o *committente* ou as do *creado* para com o patrão (*de domestique à maître*), mas as do mandatario salariado para com o mandante. Ora, segundo o art. 1998 do codigo civil, o mandante é obrigado a executar os compromissos tomados pelo mandatario “na conformidade do poder que lhe fora dado”. Aquelle não é obrigado pelo que se tenha feito além, senão, quando o haja ratificado, expressa ou tacitamente.— A admissão da doutrina contraria levaria ao resultado de tornar o Estado responsavel por infracções, das quaes seria elle proprio á

¹² Laferrière, ob. cit., 1.1, p. 679.—Cf. Sourdat, loc. cit., ns. 1348 sg. Estes autores citam *decisões*, confirmativas dos pontos, acima alludidos.

queixar-se , isto é, da violação do seu mandato, ou da desobediência às regras por elle traçadas aos seus agentes. Chegar-se - hia, mesmo, á pretexto de applicar o direito *commum* ao Estado, á derogação desse direito em prejuizo do Estado.¹³

63 c.—Não temos que entrar no exame da procedencia ou improcedencia das duas allegações, que acabámos de mencionar; importa, todavia, não deixar de dizer, que essa doutrina, seguida pela jurisprudencia franceza,¹⁴ é tida por assaz defeituosa aos olhos dos proprios escriptores nacionaes, mais competentes. Referindo-se á ella, escrevera Sourdat:

“Ceci revient à dire qu’au fond la responsabilité de l’Etat n’existe pas; da moins, qu’elle ne será reconnu qu’au gré de l’administration elle - même, et sans aucune règle qui la détermine á l’avance. Or, un pareil arbitraire est essentiellement regrettable.”¹⁵

Por sua vez o professor L. Michoud fiséra, muito judiciosamente, notar sobre o mesmo propósito:

Cest lá un défaut grave, parce qu’il fait la part trop large á l’appréciation du juge et peut conduire a des solutions arbitraires. Puis, quine voit que, si l’idée est vague, elle a surtout le défaut de ne pas fournir une base solide à la responsabilité de l’Etat? Les tribunaux (tribunaux administratifs, aussi bien que les tribunaux judiciaires) ne sont point des arbitres qui puissent prononcer une condamnation contre l’Etat toutes les fois qu’ils la jugent équitable. Ils n’ont pas le droit de disposer des deniers

¹³ Laferrière, loc. cit.

¹⁴ Laferrière, (t. I, p. 648 sg.) cita *decisões* diversas, que servem para illustrar a doutrina acima exposta.

Esta preocupação de *subtrahir* o Estado ás disposições do direito *commum* e, em consequencia, á jurisdicção dos tribunaes ordinarios, obedece á uma regra tradicional e historica da vida publica do paiz, prevalecendo na obra da jurisprudencia, ora mais, ora menos, segundo se verifica das decisões proferidas em differentes épocas. Mais uma das razões, fortemente allegadas contra a intervenção judiciaria nos actos administrativos, é tambem a falta de elementos bastantes de informação ou mesmo de competencia dos tribunaes para interpretarem, oom a precisa conveniencia, as leis, regulamentos e mais actos, peculiares a administração publica.—Vide: Laferrière, loc. cit., p, 10-11, 675-78, e 688;—Sourdat, loc. cit., ns. 1348 sg., 1354-1356, etc.

¹⁵ Sourdat, loc. cit., n. 1308, *signanter*, n. 1356 bis.

publics, même pour secourir un malheur qu'ils paraissent intéressant. Ils ne peuvent faire autre chose que de reconnaître à la charge de l'Etat une obligation préexistente, soit en vertu d'un texte, soit en vertu d'un principe juridique reconnu. Ils ne peuvent se baser sur la simple équité, sans s'exposer aux reproches de faire le droit au lieu de l'appliquer. L'aboutissant logique du système, ce serait la transformation de la demande d'indemnité en réclamation purement gracieuse, adressée à l'Administration elle-même, qui l'examinerait, ex equo et bono, en tenant compte de la situation de la victime et de l'état des crédits mis à sa disposition par l'autorité budgétaire.¹⁶

E fundado nestas considerações, manifestamente valiosas, o citado autor não duvidara mesmo afirmar, que a alludida doutrina não podia chegar, senão, a resultados negativos; porquanto, *“écarter les articles 1382 à 1386 du code civil, c'est en réalité renoncer au seul point d'appui solide que l'on puisse trouver dans notre législation pour établir la responsabilité de l'Etat.”*¹⁷

— Infelizmente, essa incerteza ou carencia de *base certa de direito positivo*, que se nota nos julgados da jurisprudência francesa, ainda se encontra igualmente na morparte dos outros Estados...Sem embargo de que em todos elles o principio da *responsabilidade civil* abre, cada vez, mais larga entrada na consciência jurídica; faltam, com tudo, disposições positivas completas, que o applicuem aos diversos casos, de modo justo e conveniente.

De resto, cumpre não esquecer que a questão da não applicação do direito commum á pessoa do Estado se refere somente aos actos de poder publico ou de governo; porquanto, das proprias decisões do Tribunal dos Conflictos e do Conselho de Estado se verifica que, com relação aos actos de gestão, não só, se admite a applicação desse direito, mas também ainda, que, por se tratar de actos sujeitos ao direito privado,

¹⁶ Michoud, De la responsabilité de l'Etat (Revue du droit public, t. III, p. 405).

¹⁷ Michoud, loc. cit., t. IV, p. 14.

é ao poder judiciário que compete tomar delles conhecimento e julgá-los, segundo fôr de justiça.¹⁸

64. — Também se tem procurado distinguir, no proprio acto lesivo do funcionario, certos caracteres, segundo os quaes o acto deve, ou não, ser considerado um acto do Estado. Com relação ao modo de vêr da jurisprudencia neste particular, dissera também Laferrière:

Elle distingue entre *les fautes de service* et *les fautes personnelles*. Les premières résultent d'un service mal fait, d'un ordre mal donné, mal compris, imprudemment executé, mais n'ayant cependant en vue que le fonctionnement du service; les secondes consistent dans des délits, des malversations, des fautes lourdes, où apparaissent les passions personnelles de l'agent *plutôt* que les difficultés et les risques de la fonction. Dans ce dernier cas, l'agent est personnellement responsable devant les tribunaux

¹⁸ A. Batbie (*Precis du Cours de droit public et administratif*, p. 322; Paris, 1885) diz a respeito: C'est une question très controversée que celle de savoir s'il appartient aux tribunaux, ou à l'autorité administrative de déclarer l'Etat débiteur. La jurisprudence du Conseil d'Etat décide qu'il faut distinguer entre l'Etat *puissance publique* et l'Etat *personne privée*; dans le premier cas, c'est l'autorité administrative qui est compétente; dans le second c'est l'autorité judiciaire. Cette distinction résulte du principe de la separation des pouvoirs, et c'est en ce sens qu'il faut interpreter l'arrêt directorial du 2 germinal an V. Dans plusieurs affaires, le Conseil d'Etat a consacré la compétence administrative, même quand il s'agissait de déclarer débiteur l'Etat *puissance privée* (1^o mai 1822, 4 février 1824, 8 mai 1841); mais, dans d'autres affaires les plus nombreuses, il a renvoyé aux tribunaux des demandes qui n'intéressaient pas l'Etat *puissance publique* (28 janvier 1814, 15 mars 1826, 28 mars 1838, 16 mars 1839, 7 décembre 1844, 10 décembre 1843, 26 mai 1850, etc.). A plusieurs reprises, la Cour de Cassation a décidé que les tribunaux ordinaires sont compétents pour statuer sur des demandes formées contre l'Etat, comme responsable du fait de ses agents (30 janvier 1833, 22 janvier 1835, 29 février 1836, 30 janvier 1843, 1^{er} avril 1845, 19 décembre 1854); cependant la Cour de Cassation n'admet pas cette compétence lorsque pour juger la question, les tribunaux auraient à s'occuper d'un préjudice causé par l'exécution de mesures administratives ou par l'absence de mesures que l'administration aurait dû prendre (arr. du 3 juin 1840). La distinction entre l'Etat *puissance publique* et l'Etat *personne privée* a été admise par le Tribunal des Conflits dans les arrêts : 8 février 1873—*Bransiet*, 8 février 1873—*Blanco c. l'Etat*, 25 février 1873—*Masson c. l'Etat*, et 17 janvier 1874—*Paris-Lyon-Méditerranée*. D'après un troisième système, cette distinction est d'une appréciation fort difficile et aucun texte de loi n'en porte la moindre trace; il faudrait décider que l'autorité administrative sera compétente pour déclarer l'Etat débiteur, sauf le cas où un texte attribuerait expressément la connaissance d'une catégorie d'affaires aux tribunaux.—M. Th. Ducrocq, qui enseigne cette opinion, fait observer à l'appui "la tendance du législateur à introduire dans les lois nouvelles des dispositions expresses chaque fois qu'il veut investir l'autorité judiciaire du droit de déclarer l'Etat débiteur". M. Ducrocq cite en faveur de son opinion:—C. d'Etat 20 février 1858—*Carcassonne*; 6 août 1861—*Dekeister*; et 7 mai 1862—*Vincent*.

judiciaires, et il est de principe, que l'Etat ne repond pas pour lui. Au contraire, les *fautes de service* sont censées commises par l'Etat lui - même, comme consequence d'une organisation defectueuse de ses ser vices, d'une insuffisance dans ses moyens (l'action ou de surveillance. La responsabilité de l'Etat n'est pas la responsabilité pour autrui prevue par l'article 1384 du cod. civil, mais la responsabilité directe: le service public est censé l'auteur de la faute; c'est - à - dire, l'Etat qui indemnise.¹⁹

Como se vê, pretende-se fazer uma distinção *subtil*, senão, arbitrária, segundo a qual o acto é, ou não é, um acto *administrativo*, á dizer, um acto *peçoal*, ou *impessoal* do funcionario. — Perdido o seu caracter de acto administrativo, o acto torna-se um dolo ou uma culpa do individuo, e como tal, só sendo imputavel a este, ao Estado nada obriga; devendo, consequentemente, a responsabilidade do mesmo acto ser apurada perante a justiça ordinaria.²⁰

Não ha razão para recusar a possibilidade de distinguir entre os actos *peçoaes* e os actos *funcçionaes* do individuo - funcionario do Estado; mas afirmar, como *regra* ou *critério* que, quando a *culpa* fôr de caracter grave (um furto, um roubo, um acto de paixão pessoal, como diz Laferrière), trata-se de simples *culpa peçoal*, (*faute personnelle*) e não de um *acto administrativo*, excluida, consequentemente, a responsabilidade do Estado; é cousa descabida e sem nenhuma razão legitima, que lhe sirva de fundamento. E' verdade que, segundo o testemunho de Michoud, não se conhece decisão alguma, na qual se tenha feito referencia clara á distinção pretendida. A jurisprudencia, diz este autor, estabelecera a distinção entre a *culpa peçoal* e o *acto administrativo*, apenas, no intuito de subtrahir o funcionario, no caso de acto administrativo, á pesquisas ou demandas perante os tribunaes judiciarios; mas não se conhece aresto, que haja declarado, *em principio*,

¹⁹ Laferrière, loc. cit, p. 189.—A preferencia, que damos sempre á autoridade deste autor, vem, não só, do seu saber juridico incontestavel, mas tambem, de ocupar elle o elevado posto de vice-presidente do Conselho d'Estado.

²⁰ Michoud, loc. cit., p. 6-7.—Vide: Hic, p. 315, a opinião de Dugait a respeito das culpas *peçoaes* e culpas da *funcção*.

— que o Estado não fica sujeito á ser demandado no caso de tratar-se de culpa pessoal.²¹

Por fallar, incidentemente, em subtrahir o funcionario á indagações judiciaes, não se pense que o mesmo esteja exempto de responder no judiciario pelas culpas ou danos commettidos contra terceiros, mesmo em razão do cargo. Não, de certo. Ao contrario, revogada pelo decreto de 19 de setembro de 1870 a prohibição fundada na legislação anterior de processar os *agentes do Governo* sem prévia autorização *deste (sans autorisation préalable)*; tem-se agora como certa e reconhecida, a jurisdição dos tribunaes judiciarios a esse respeito, nos limites de sua competencia.²² A questão unica, que subsiste, e com certeza subsistirá, enquanto houver as duas jurisdicções (Contencioso Administrativo e Autoridade Judiciaria), é a de saber, — quando os tribunaes de justiça ordinaria se deverão abster de tomar conhecimento do feito ou demanda por se tratar, na especie, de um acto, rigorosamente administrativo, e, por conseguinte, fora da sua jurisdicção propria...^{22.a}

²¹ Michoud, loc. cit., e nota ibi.

— Bailby, tratando deste ponto em particular, affirma que a distincção entre *actos de serviço* e *factos pessoais* do funcionario tem sido admittida pelos diversos autores, e, em contrario do que Michoud parece affirmar, elle cita decisões do Trib. dos Conflictos e do Conselho de Estado, consagrando o principio dessa distincção. Não se conhece, porém, diz Bailby, nenhum criterio seguro, que se deva seguir a respeito; porque um mesmo facto poderá, em certos casos, não ser, senão, uma culpa administrativa, e, no entanto, degenerar em culpa pessoal por motivos e circumstancias particulares.

O autor lembra varios casos e hypotheses, donde melhor se apura a difficuldade do criterio procurado.—Vide: “*De la responsabilité de l’Etat*”, p.140-147.

²² Quanto aos juizes o cod. do processo (*cod. de procedure*) já continha disposição expressa consagrando a sua responsabilidade judicial: 1) nos casos de dolo, fraude ou concussão; 2) noutros casos declarados expressamente na lei; 3) quando a lei declara os juizes responsaveis, sob a pena de perdas e danos (*à peine de dommages et intérêts*); 4) quando ha denegação de justiça (Cod. cit., arts. 505 seg). Sobre este ponto em particular é de vêr: René Bellanger, *Du Juge qui fait le procès sien*.—Paris, 1892.

— A responsabilidade do professor, que o art. 1884 lhe reconhecia, no caso do danos causados pelos aluamos das escolas do Estado, foi substituída pela do Estado (lei de 20 de julho de 1899); visto como o professor publico não podendo escolher, nem o local, nem o pessoal, nem os seus alumnos, a sua responsabilidade exclusiva no facto seria injusta.

^{22.a} Vide: Laferrière, ob. cit., t.I, p. 644 sg. A abrogação do art. 75 da Constituição do anno VIII pelo decreto de 19 de setembro de 1870, observa Bailby, deixou subsistir, o

§ 2º CASOS E DECISÕES

65. — ACTOS LEGAES OU ISENTOS DE CULPA. Debaixo deste titulo são de comprehender, principalmente, os chamados “actos do imperio”, a dizer, o exercicio immediato do poder publico, e bem assim, quaesquer outros actos, que o Estado ordena e pratica, de *animo deliberado, fora de toda culpa*, sob as suas formasde governo, *autoridade e administração publica*, muito embora certo ou consciente, de que taes actos sejam susceptiveis de causar damno aos direitos individuaes. Entendesse, que são deliberados e executados em nome do bem publico, superior ao dos individuos particulares, e mesmo ás vezes, como necessarios á propria defesa e segurança do Estado. A julgar das especies occorrentes, a jurisprudencia dominante acerca de taes actos é a que vamos expor em seguida.

65 a. — *Actos legislativos.* A irresponsabilidade pelos actos legislativos é affirmada de modo absoluto; estes actos não podem dar logar á nenhuma acção nem contra o Estado nem contra as pessoas dos legisladores, que hajam tomado parte na sua adopção. Si bem que o legislador deva proceder cora a maxima prudencia, evitando sempre offender aos interesses privados; todavia, si assim não fizer e ferir realmente esses interesses ou direitos, é ao proprio legislador que cabe o livre arbitrio de conceder, ou não, a satisfação do damno, porventura, resultante das suas leis e resoluções. Consequentemente, desde que o acto legislativo em questão não consigna, de modo explicito ou implicito, o

principio que veda aos tribunaes judiciarios apreciar os actos administrativos; mas o dito decreto da exclusivamente a esses tribunaes o direito de conhecer das *culpas pessoas*, separaveis da função e susceptiveis de ser apreciadas, segundo os principios do direito commum.—Loc. cit, p. 142. Sobre este ponto é tambem de ver:—E. H. Porreau, *De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs*,—Bordeaus, 1894; Guérin, *La responsabilité civile des fonctionnaires publics envers lei particuliers*,— Paris, 1895; Nésard, *Theorie juridique de la fonction publique*,—Paris, 1901; A. Gr. Boulén, *De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs*,—Rennes, 1902.

direito á uma indemnisação, a jurisprudencia se tem recusado firmemente a admittir qualquer acção ou reclamação neste sentido.²³

“Quando o Estado desempenha a sua função de fazer as leis, não póde incorrer em culpa civil, porque a culpa presuppõe a violação de uma obrigação...Mas se o poder legislativo estabelece uma regra de direito, que esteja em contradicção cora uma anterior, elle não viola esta ultima; a abroga ou a modifica, haja, ou não, assim declarado expressamente. Póde succeder que, por uma lei ordinaria, o legislador derogue ás leis constitucionaes; neste caso, elle não as abroga nem as modifica, porque para tanto carece de direito; elle as viola, porque, theoricamente, ellas subsistem em vigor. Se póde dizer que o poder legislativo commettêra uma culpa, *lato sensû*. Mas não existe nenhum meio juridico de fugir á applicação de uma lei inconstitucional, e de declarar *a fortiori* o Estado civilmente responsavel por essa culpa; porquanto em França a propria lei inconstitucional tem, pela força das cousas e em vista dos meios de execução que possui o Estado, um caracter imperativo; os nossos tribunaes judiciarios ou administrativos, accrescenta-se , não tem o direito de apreciar a constitucionalidade das leis.”^{23.a}

65 b. — Actos judiciarios. Igual irresponsabilidade, coberta pela egide da soberania, se reconhece ao Estado pelos actos dos juizes e tribunaes (*despachos e sentenças*), cuja legalidade é sempre presumida. Mesmo em casos, nos quaes se dá talvez um acto illicito da autoridade judicial, em regra, se tem decidido na mesma conformidade. No entanto, em virtude de lei recente (8 de junho de 1895) a irresponsabilidade judiciaria soffrêra modificação importante; admittindo-se , agora, a acção de indemnisação contra o Estado em favor dos individuos, que forem declarados innocentes pela *revisão* das sentenças criminaes, que os tenham condemnado.²⁴

65 c. — Actos de governo. Os actos de governo, propriamente ditos (hic, p. 102, nota 14), são tambem considerados, como

²³ Vide: Laferrière, ob. cit., t. II, p. 4 e 13 sg. e decisões citadas ibi; Michoud, loc. cit., p. 254-55, e decisão do C. E. 4 abril 1879, ibi citada.

^{23.a} Vide: H. Bailby, ob. cit., p. 156.

²⁴ Vide: Michoud, loc. cit., p. 260 e 275 sg.; Laferrière, ob. cit., t. II, p. 184-85.

pertencentes á uma região superior, distinta da administração no sentido stricto desta palavra (hic, p. 102, nota 15), e consequentemente, declarados isentos da obrigação de prestar uma indemnisação, salvo deliberação voluntaria por parte do proprio Estado em favor dos interesses do lesado.²⁵

— Quanto aos *actos da administração*, propriamente, ainda que predomine tambem a seu respeito o principio da irresponsabilidade; todavia, não são poucas as modificações ou excepções feitas ao dito principio, como melhor se verá das proprias *especies*, de que teremos de fazer menção.

65 d. — *Desapropriação, e occupação temporaria da propriedade por utilidade ou necessidade publica.* Toda desapropriação, feita por causa de utilidade publica, dá ao lesado o direito de uma indemnisação; este direito está reconhecido em lei expressa; consequentemente, jamais fora elle recusado ou posto em duvida pela jurisprudencia.²⁶ Um direito analogo de indemnisação é reconhecido, no caso de occupação temporaria

²⁵ Laferrière, loc. cit., p. 12 e 32; Michoud, loc. cit., p. 256-59.—Este ultimo autor cita numerosos julgados neste sentido.—Lonné (*Les Actes de Gouvernement*), depois de haver affirmado que o individuo tem direitos superiores e anteriores aos do Estado, e que o Estado os deve respeitar, acrescenta: “*Il existe cependant une theorie dans le droit public français qui peut servir de justificativa aux atteintes les plus graves aux droits individuels; c’est la theorie dite des actes de gouvernement.*”—Loc. cit., p. 6.

²⁶ Vide: Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. II, § 193, p. 297 sg., 5ª edic. Paris, 1897. Neste logar se acha indicada a legislação francesa, tanto relativa á propriedade imraovel em geral, como a certos casos especiaes, e bem assim, a citação de decisões concernentes do Conselho de Estado.—Talvez devido á circiimstancia de o direito de indemnisação no caso de *desapropriação por utilidade publica* se achar hoje declarado ou geralmente reconhecido em artigo do proprio direito constitucional,—a mor-parte dos autores não se referem á esta especie de lesão, quando se occupam do thema da responsabilidade civil do Estado. Entretanto não nos parece que essa omissão seja assaz justificavel; ao contrario, pensamos com P. Palazzo que, precisamente, neste reconhecimento de indemnizar o damno, proveniente da desapropriação por *utilidade publica*, se offerece argumento irrecusavel, de que o Estado-*poder publico*, não obstante agir em vista dos fins ou da necessidade publica, é o primeiro a se confessar obrigado a reparar as lesões do direito individual, e que, portanto, se mostram incoherentes os que, admittindo a responsabilidade de indemnizar no caso da *desapropriação*, negam-na, comtudo, nos outros casos de lesão da propriedade privada, sob o pretexto, de que o Estado age na sua qualidade de poder publico ou soberano.—Vide: Palazzo, ob. cit., p. 31-32.

da propriedade alheia. Apenas, quanto á *ocupação temporaria*, se admite uma excepção em favor dos serviços militares, notadamente em casos de guerra, si as *necessidades da defesa* exigirem semelhante medida. A propria lei (dec. de 10 agosto de 1853, art. 39) o declara: "Qualquer construcção, qualquer privação de gozo, qualquer demolição, destruição ou outro damno resultante de um facto de guerra ou de uma medida tomada de defesa, seja pela autoridade militar durante o estado de sitio, seja por um corpo de exercito ou destacamento, em face do inimigo, *não dá lugar* á nenhum direito de indemnisação." Entretanto devemos ajuntar, que a despeito dos termos categoricos da lei, que acabam de ser citados, mesmo se tratando de caso de guerra, a jurisprudencia tem, por diversas vezes, reconhecido o direito de indemnisação a favor dos individuos lesados em dadas circunstancias do facto.

— Quanto á desapropriação, propriamente, o prejuízo resultante se pode estender á um grande numero de pessoas, taes como: o proprietario, o usufructuario, o usuario, o rendeiro, o locatario, o sub - locatario, etc.; a todas ellas se reconhece direito a uma indemnisação distincta, e esta deve ser arbitrada por um jury, segundo regras estabelecidas na lei.^{26.a}

65 e. — *Actos de policia e segurança publica.* Estes actos se distinguem principalmente em medidas de ordem publica, e medidas de policia sanitaria ou saude publica.

1) Quer no uso das medidas expressamente declaradas nas leis, quer no emprego de outras *excepcionaes*, que o governo ou a autoridade publica ponha *discricionariamente* em pratica, para o fim de manter a ordem publica, se podem, sem duvida, dar frequentes lesões dos direitos individuaes, não só, da liberdade, mas tambem, da

^{26.a} Estas regras se acham devidamente expostas por Simonet (*Droit Public et Adm.*, n. 961) e illustradas pelas decisões da Côte de Cassação proferidas sobre os casos occorrentes.

propriedade privada; é isso cousa sabida, e que ninguém pensará em contestar. Todavia a regra geral da materia é: o Estado não responde *civilmente* pelos danos provenientes de semelhantes actos, muito embora, no caso de culpa dos respectivos agentes, possam estes, às vezes, ser chamados pessoalmente a responder pelos abusos commettidos.²⁷

Um dos actos do poder publico, praticado no intuito de manter a ordem publica, e que assume, só por si, um character da maior gravidade, é o Estado de sitio. Elle pode ter em vista, não só, a segurança interna, como, externa do paiz, em dado momento. Segundo a lei que regula a materia na França (lei de 9 agosto de 1849, e de 3 de abril de 1878), as medidas excepcionaes do *estado de sitio* consistem: em autorisar buscas, em afastar os individuos suspeitos (*les repris de justice*) e as pessoas não domiciliadas, em apprehender armas e munições, e em prohibir as reuniões e as publicações, consideradas perigosas. Os cidadãos, diz a propria lei, continuam, não obstante o *estado de sitio*, a exercer todos os direitos garantidos pela Constituição, cujo gozo não se considera suspenso em virtude do dispositivo citado. E' pois natural, observa Laferrière, que, conservando os direitos deixados *intactos* pela declaração do estado de sitio, os cidadãos conservem igualmente os recursos e as acções de justiça, que servem de sancção a esses direitos.²⁸ No entanto, a julgar pelas decisões até agora proferidas, já pelo Tribunal dos Conflictos, já pelo Conselho de Estado, relativamente a pedidos de indemnisação por danos causados durante o *estado de sitio*, se chega á

²⁷ Nos casos de omissão se sustenta tambem o principio da irresponsabilidade. Assim se decidio, por exemplo, na omissão dos agentes da administração em tomar as medidas precisas de segurança contra manifestações populares, que constrangiram a um individuo particular a deixar a cidade, onde exercia a sua profissão (C. E. 8 de janeiro de 1875). Do mesmo modo se decidio a respeito do accidente cansado por um tiro dado por desconhecido, sendo a policia accusada da falta de devida vigilancia, á que é obrigada (C. B. 13 de janeiro de 1899). Na decisão o Conselho de Estado declarou positivamente: "E' de principio, que o Estado, como poder publico, e notadamente no que respeita ás medidas de policia, não responde pela negligencia dos seus agentes."—Esta ultima decisão fôra, todavia, objecto de critica fundada. Vide: Bailby, ob. cit., p. 170-171.

²⁸ Laferrière, loc. cit., p. 37.

convicção de que semelhante indemnização não é admittida, sob o fundamento de se tratar de medidas tomadas no *exercício e limites* de poderes consagrados na lei...²⁹ A expressão limites parece indicar que, transpostos estes, a indemnização pode ter lugar. Não ha, porém, decisões explicitas, que autorizem a affirinar, ou a negar, o principio da responsabilidade civil do poder publico sobre este particular.

65 f. — Fallando, em geral, das medidas policiaes sobre a ordem ou segurança publica, cumpre, entretanto, não omittir: a irresponsabilidade por taes medidas só se estende áquellas, consideradas *necessarias e proprias* do fim indicado,— manutenção da ordem, e não, a todos e quaesquer actos, que se praticam a titulo de policia, porventura, lesivos dos direitos individuaes da liberdade e propriedade. Não, positivamente não: isto seria contradictorio ao principio geral, que reconhece ao Estado a obrigação essencial de defender e garantir esses mesmos direitos, e, aliás, um dos fins immediatos das proprias medidas policiaes, cujo emprego o Estado autorisa aos seus funcionarios.³⁰

²⁹ São de ver: T. C. 26 julho de 1873, *Caso Pelletier*; C. E. 5 julho de 1874, *Caso Chéron*; 24 dezembro do 1875, *Memorial des Vosges*. Anteriormente: C. B. 5 janeiro de 1855, *Caso Boulé*; 10 janeiro de 1855, *Caso Dautreuille*. Os últimos arestos versaram sobre danos causados a typographias, onde se publicavam jornaes interdictos em virtude do *estado de sitio*.—Laferrière, loc. cit.

³⁰ "Tout d'abord elle (l'irresponsabilité) n'existe que si l'acte reproche au fonctionnaire a été fait réellement dans uu but de police, pour proteger les interêts que la puissance publique a pour mission de défendre. Elle cesse au contraire, lorsque le pouvoir confie au fonctionnaire a été détourné de son but..."—Michoud, loc. cit., p. 260.

Nos termos da lei de 5 de Abril de 1884 (art. 106), as communes são civilmente responsaveis pelos estragos e danos, resultantes de crimes e delictos commettidos, por força ou violencia nos seus territorios, em consequencia de tumultos ou ajuntamentos armados ou não armados, seja contra as pessoas, seja contra as propriedades privadas. "E' ama excepção notavel, diz Journé, ao principio da separação dos poderes e a regra, que o Estado, o departamento e a commune não são jamais responsaveis pelos seus actos de policia ou pela negligencia de não haverem tomado as necessarias medidas a respeito".—M. Journé, *Precis Elem. de droit administratif*, pag. 131, Paris 1904. Ha nisto, sobretudo, uma condradicção, diz outro autor, pois, emquanto se impõe semelhante obrigação ás communes, dá-se o contrario com relação ao prefeito, isto é: quando os actos de policia são exercidos por este em nome do Estado, elle é irresponsavel pelas consequencias dos mesmos actos!—H. Bailby, ob. cit., p. 171-72.

Assim é, que se podem citar, como exemplos, alem de outros, os casos seguintes:

— No fechamento de uma fabrica de phosphoros, feita á pretexto de medida policial, mas, em verdade, para assegurar o monopolio do Estado e evitar, por esse meio, a necessidade de sua desapropriação e consequente indemnisação, foi reconhecida a responsabilidade do Estado de pagar ao individuo lesado a indemnisação pedida.³¹

— Na apprehensão de objectos, por mais legitimo que seja o acto da autoridade policial, o Estado se constituo responsavel pela sua restituição a quem de direito; e assim não o fazendo, recáe sobre o mesmo a obrigação de indemnisar.³² Neste caso particular se tem

³¹ C. E. 4 dezembro de 1879. Esta doutrina tem sido igualmente applicada contra as communes, quando o *mairie* nega o alinhamento de rua ao particular,—com o proposito de impedil-o de construir, e evitar, desta sorte, uma desapropriação, que as vezes se afigura de necessidade proxima para a commune. (C. E. 18 julho de 1873; 11 julho de 1879; ap. Michoud, loc. cit).

Sobre a materia especial de monopolios industriaes que o Estado se reserva, cumpre attender. Em uns casos a lei os tem estabelecido, guardando inteiro silencio quanto á questão de indemnização. Assim succedeu com relação á fabricação do tabaco, segundo a lei de 12 de fevereiro de 1835, declarando, a esse respeito, o Conselho de Estado: que o Estado não podia ser responsavel pelas consequencias das leis que, num interesse geral, prohibem o exercicio especial da industria...; que a lei de 12 de fevereiro de 1835, interdictando a fabricação do tabaco, não havia aberto nenhum direito á indemnização em proveito dos individuos que anteriormente se entregavam á essa fabricação (C. E. 11 de janeiro de 1838, *Duchatellier*; 28 de maio, *Mathon*). Do mesmo modo a lei de 26, maio de 1837 monopolisou era favor do Estado a industria ou exploração das linhas telegraphicas sem cogitar de indemnização aos particulares, e o Conselho de Estado se recusou por isto a reconhecer semelhante direito ás em prezas, que foram desapossadas desse ramo de industria (C. B. 6 agosto de 1852, *Ferrier*). Em outros casos, porém, a lei estabelece o monopolio e, ao mesmo tempo, o direito á indemnização respectiva. Foi o que fez realmente a lei de 2 do agosto de 1872, a qual attribuindo ao Estado o monopolio da fabricação e venda dos phosphoros chimicos, ajuntara logo, “que os particulares não podiam ser desapossados das suas fabricas o do direito de exercer a industria, senão, por via da desapropriação” (Trib. de Marselha 25 de março de 1874; Trib. de Dijon 24 de novembro de 1875; Trib. do Bourges 11 de dezembro de 1875). Diz-se que as razões differentes das leis sobre a materia vêm de que, em uns casos, o Estado priva aos particulares da industria, nao em vista de um lucro, mas de um fim de ordem, segurança ou saude publica; ao passo que, era outros, o Estado, visando um lucro, nao se deve enriquecer a custa dos particulares, aos quaes priva de sua exploração lucrativa.—Vide: H. Bailby, ob. cit., p. 187-88.

³² C. E. 2 março de 1883; 20 janeiro de 1884; etc.

entendido que o acto da autoridade publica, tomando, pela guarda dos objectos, o character de deposito, entra na categoria dos actos de gestão; razão, então determinante da responsabilidade do Estado.

65 g. — 2) Quanto ás medidas, que a autoridade publica pode tomar contra a invasão ou propagação das epidemias, epizootias, e a carestia de viveres ou géneros alimenticios, a doutrina applicavel á especie, segundo Laferrière, é a seguinte: Em geral quanto á policia sanitaria, o Estado ou o governo é autorizado por lei expressa (de 3 março de 1822) a interdictar as fronteiras terrestres e marítimas, por meio de quarentenas e cordões sanitarios, ás pessoas, ás mercadorias, aos navios e a outros instrumentos de transporte que sejam susceptiveis de transmittir o contagio. Pode igualmente adoptar medidas de protecção interna, declarando interdictas as localidades contaminadas. Taes medidas são verdadeiros actos de soberania, cuja sancção é assegurada por penas severas, inclusive a pena de morte (lei cit., art. 7º, sg); sobre ellas não se admite recurso algum contencioso no intuito de annullar as deliberações tomadas ou de obter a reparação dos danos causados na sua execução (lei de 21 julho de 1881, art. 24, sg). Todavia, si, como medidas governamentaes, tem ellas este character de irresponsabilidade, comtudo, os actos da sua execução pelos respectivos funcionarios são sujeitos a certas regras de fundo e de forma, e a não - observancia destas regras pode dar logar á responsabilidades. Por exemplo, em um aresto de 26 fevereiro de 1863 (*Caso Guilbaud*) o Conselho d'Estado, não obstante ter decidido "que os danos, causados aos particulares na execução de medidas sanitárias, não podem dar logar a nenhum recurso contra o Estado," examinara, entretanto, o fundo da questão para saber, si a ordem de pôr a pique e fazer submergir um navio infectado de febre amarella, como meio de desinfectaL - o, tinha sido regularmente dada e notificada, e si na sua execução se haviam guardado todas as precauções

que as circunstancias comportavam³³; donde é licito inferir que, no caso dos actos alludidos não terem revestido todas as formas legais, o pensamento do Conselho de Estado fora aparentemente, que a irresponsabilidade devia cessar...

— A materia da saude publica e das medidas á ella concernentes é agora regida na França pela recente lei de 15 de fevereiro de 1902, com algumas pequenas modificações feitas pela de 7 Abril de 1903, e pelos varios regulamentos expedidos neste ultimo anno. Segundo a nova legislação a autoridade sanitaria se acha revestida de amplos, senão, discricionarios poderes em relação ás medidas de policia sanitaria. Mas, isto não obstante, o direito de indemnisação foi reconhecido, ao menos, em dous casos: 1) quando a autoridade ordena a destruição de moveis, susceptiveis de transmissão ou contagio da peste (lei de 1902, art. 26); 2) quando, em se tratando de predios, for reconhecida a insalubridade dos mesmos por causas permanentes; devendo-se , neste ultimo caso, proceder a sua demolição, mas, mediante previa desapropriação por utilidade publica feita nos termos da lei reguladora desta materia (lei cit., art. 18).³⁴

Por emquanto, não se conhecem ainda decisões judiciais sobre lesões dos direitos individuaes, porventura, resultantes das medidas autorisadas na recente legislação sanitaria, de que vimos de fallar.

— Quanto á policia sanitaria de animaes, o governo pode igualmente vedar a entrada dos que forem susceptiveis de communicar a sua doença contagiosa; mandar matal-os nas fronteiras e tomar outras medidas prudentes contra a invasão da epizootia no paiz (lei cit. de 1822, art. 5); assim como, poderá prohibir a exportação dos animaes affectados de doenças contagiosas. Sobre todas estas medidas não se admite

³³ Laferrière, loc. cit., p. 42.

³⁴ Vide. Hic, cap. VI, *medidas sanitarias*, nota "demolição de predios."

nenhum recurso contencioso ou pedido de indemnização (lei de 21 de julho de 1881, art. 18). Tratando-se , todavia, de medidas internas, diz Laferrière, razões de equidade tem feito admittir a indemnização em favor dos proprietarios dos animaes, mandados matar pela policia, guardadas certas condições impostas (Lei de 1881, arts. 14 a 22; C. E. 16 maio de 1884, *Caso Lafon*).

— Quanto ás medidas contra a *carestia*, ellas podem notadamente consistir em vedar o consumo de determinados cereaes ou o emprego de certos géneros alimenticios para fins puramente industriaes. Não ha lei expressa, que dê semelhante faculdade ao governo; mas este tem usado della, apoiando-se na tradição. E o facto é, que o Conselho de Estado, tendo tomado conhecimento de um pedido de indemnização, fundado no prejuizo causado aos industriaes pelo acto do governo (decreto de 26 de outubro de 1854) que vedara a "*distillação dos cereaes* e de qualquer outra substancia farinacea propria para alimentação", decidira: que uma tal prohibição era uma medida de governo, tomada no interesse geral e da segurança publica, e que, consequentemente, não cabia ao Estado a responsabilidade pelos prejuizos particulares dahi resultantes.³⁵

65 h. — *Actos ou factos de guerra.* Tratando-se de *actos de guerra*, quer os damnos sejam occasionados pelos inimigos, quer pelas necessidades da defesa nacional, a regra é: que elles não cream para o Estado a obrigação de indemnisar.³⁶ Não ha duvida, que, mais de uma vez, o Estado tem concedido reparação aos individuos pelos damnos resultantes da guerra³⁷; mas, assim o tem feito, não, em reconhecimento

³⁵ C. E. 26 fevereiro de 1857, *Caso Cohen*.— Cf. H. Bailby, loc. cit., p. 196-97.

³⁶ Sourdat, loc. cit. ns. 1305 e 1331; Ibidem: C. B. 11 maio, 1854; 18 agosto, 1857; 9 maio, 6 junho, e 8 agosto, 1873, etc.

³⁷ As leis de 6 setembro de 1871, de 7 abril de 1873 e 28 julho de 1874 autorisaram indemnisações pelas perdas soffridas em consequencia da guerra estrangeira ou civil. Mas nos pareceres e noutras declarações, feitas pelos legisladores, ficou accentuado, que, com isso, não se pretendia crear um direito á indemnização, nem consagrar uma

de um direito dos mesmos, e sim, por considerável - o de equidade, ou um acto de boa política para os interesses económicos da colectividade.

Cumpra, porém, observar que, nem todo facto, praticado na *guerra* ou *em vista da guerra*, deve ser considerado exemplo de indemnização. Quando as medidas são a *consequência do estado actual de guerra e imediatamente necessárias* ao ataque ou à defesa na luta com o inimigo, sem que, aliás, importem uma posse permanente das coisas, não há certamente direito à indemnização; mas quando se trata de actos livremente ordenados, como medidas de precaução, esse direito é admissível. Particularizando, pensa Sourdat, que a destruição de uma ponte para cobrir a retirada das tropas, e o incêndio de habitações, causado pelo fogo da artilharia, podem servir para ilustrar o caso: na primeira hipótese, há uma verdadeira desapropriação por causa de utilidade pública, e portanto, indemnizável; na segunda, o dano deve ser considerado, como resultante da força maior, e portanto, não indemnizável.³⁸

Laferrière, enumerando os casos provenientes da guerra, nos quais, segundo a jurisprudência, se dá, ou não, a obrigação de indemnizar os danos, classificá-los desta sorte:

“Não são de compreender entre os actos de guerra: 1º as operações *preparatorias*, tais como, o fornecimento dos exércitos, a

dívida do Estado; tratava-se apenas de um acto de *beneficência* ou *generosidade nacional*, segundo a expressão de Thiers.—Vide: Laferrière, loc. cit., p. 54;—Sourdat, loc. cit., n. 1331; Michoud, loc. cit.; H. Bailby, ob. cit., p. 174-75.

Em todo caso, só o poder legislativo tem o direito de conceder, ou não, indemnização por perdas semelhantes; o poder executivo carece deste direito, conforme se pronunciou o Conselho de Estado (18 maio de 1877) sobre uma reclamação do *Banco de França*, relativa à soma de sete milhões de francos que lhe haviam sido extorquidos pela comuna levantada em insurreição. Não seria preciso acrescentar,—que o conhecimento das reclamações a respeito de *actos de guerra* pertence ao Contencioso Administrativo, com exclusão dos tribunais judiciais.

³⁸ Sourdat, loc. cit. Cf.—C. E. 13 maio e 6 junho, 1872; T. C. 11 e 25 janeiro, e 15 março, 1873; C. C. 27 janeiro, 1879.

mobilização, a concentração, os transportes de tropas e de suas equipagens, as marchas e manobras dos exercitos em caminho para o theatro das hostilidades; 2º as medidas *preventivas* de defesa, consistentes em trabalhos feitos nas praças de guerra ou seus arredores ou em pontos estrategicos, na previsão de um sitio ou doutras eventualidades que se possam dar; 3º as *requisições militares*, quando feitas no território nacional para satisfazer ás necessidades do exercito nacional. Sobre estas requisições em particular, a lei 3 julho 1877 reconhecera expressamente o direito de indemnisação.

“São, ao contrario, de considerar, como actos de guerra: 1º todos os danos provenientes de facto do inimigo, mesmo em suas operações preparatorias, porque tudo que vem do inimigo tem um character de coacção e força maior para o paiz invadido, seus habitantes e seus haveres; 2º todos os danos, quaesquer que sejam os seus autores, que resultam dos encontros á mão armada, de estragos causados pelos projectis e pelos combatentes, das occupações, demolições, trincheiras, aterros, e outras obras feitas no campo da batalha, e nos seus arredores immediatos (*ses abords*); 3º todas as occupações e destruições operadas para a defesa das praças de guerra durante o estado de sitio especial (previsto na lei 10 julho 1791 e decretos de 24 setembro 1811, 10 agosto 1853 e 4 outubro 1891); 4º todos os actos em geral,, que se prendem ás *necessidades immediatas* da luta”.³⁹ Nenhuma dificuldade, accrescenta Laferrière, se levanta acerca dos dois primeiros pontos indicados (factos do inimigo e combates); mas os dois outros (estado de sitio das praças de guerra, e necessidades immediatas da luta) tem dado logar a questões de direito e á decisões *controversas* da jurisprudencia...

Quanto ao estado de sitio, o qual não se deve confundir com o *estado de sitio politico* (previsto pelas leis 9 agosto 1849 e 3 abril 1878), é preciso, que o mesmo seja *effectivo*, e declarado nos termos da lei.

³⁹ Loc. cit., p. 57-58.

Durante o estado de sitio (por motivo de guerra) os poderes da autoridade civil e a sua jurisdição em materia de delictos são transferidos á autoridade militar, a qual se considera investida de poderes discricionários para os fins da sua investidura; e como os seus actos são considerados, verdadeiros actos de guerra, não se pode pedir, a respeito, nenhuma indemnisação por via contenciosa. Apenas, (conforme á lei citada de 3 julho 1877), se admite o direito de indemnisação, relativamente ás *requisições de generos* e ao uso ou gôso de outros objectos moveis ou immoveis nas condições previstas.⁴⁰

Mas pergunta o autor: fóra deste estado de sitio da lei 1791, não ficam as pessoas e as propriedades particulares igualmente sujeitas ás mesmas imposições da guerra? A jurisprudencia assim não tem admittido, ao menos, de um modo absoluto. Ella só tem reconhecido o character de *actos de guerra* ás demolições, destruições de colheitas, danos de toda sorte, operados nos arredores de uma praça de guerra, não somente, durante o *sitio effectivo*, mas ainda no periodo anterior, em que o sitio se mostra imminente.⁴¹

Isto não quer dizer, que todas as obras feitas no intuito da defesa, mesmo depois de declarado o estado de sitio, mas não relativas á praça ou pontos em *sitio effectivo*, tenham sido consideradas *actos de guerra* pelas diversas decisões da jurisprudencia.⁴² A regra, applicavel ao

⁴⁰ Vide: H. Bailby, loc. cit., p. 100-92.

⁴¹ Vide: C. E. 23 maio 1873 (destruição de edifícios);—6 junho 1873 (incendio de colheitas para subtrahil-as ao inimigo);—1º maio 1874 (incendio de uma estancia de madeiras para evitar que servissem ao inimigo); apud Laferrière, loc. cit., p. 63.

⁴² Vide: Decisões do C. E. 13 maio, 1872 e do T. C. 11 janeiro, 1873. Negou-se o character de *actos de guerra*: as obras executadas em Pariz antes do desastre de Sedan e da marcha do inimigo sobre esta Capital (C. E. 3 julho, 1894,—*Maurice*); as executadas em Lyon no mez de setembro, quando anda nenhum estado de sitio ameaçava a referida cidade (C. B. 13 maio, 1872,—*Brac de la Perrière*); as executadas em Belfort, dous mezes antes da investida, época, em que o estado de sitio nao parecia imminente (C E. 15 março, 1878,—*Fireck*; 16 maio, 1874.—*De Riencourt*); 13 fevereiro, 1874.—*Batteux*)."

estado de sitio effectivo, o é igualmente para os casos succedidos em periodo de combate.

Fora do combate ou do sitio, o que prevalece em relação ás praças de guerra, assim como, em relação aos exercitos, é:—ou medidas preventivas, que dão direito á indemnisação;—ou medidas impostas pelas necessidades immediatas da luta, pela imminencia do sitio ou do combate, que supprimem esse direito por serem actos de guerra, como já se disse.⁴³

Sobre este ultimo ponto, “*necessidades immediatas*”, o aresto do Conselho de Estado de 9 maio 1873 (*Pesty Remond*) contém a doutrina corrente. Tratava-se da occupação de uma propriedade situada perto de Versailles por um corpo de tropas reunidas para o segundo sitio de Pariz; e sustentou-se que essa occupação não tinha o character de um *acto de guerra*, visto como a autoridade militar havia deliberado livremente, e que, além disto, não se achava no theatro proprio das operações do sitio. O Conselho de Estado, porém, respondera, que a occupação se havia imposto, como uma *necessidade* das operações militares dirigidas contra Pariz e para o fim de fornecer um logar de acampamento á uma parte das tropas destinadas a participar dessas operações; que ella cessara, desde que as tropas se haviam approximado de Pariz, e que, em taes circumstancias, devia ser considerada *facto de guerra*...Nos considerandos da decisão, se disse: “A doutrina, que não vê o *acto de guerra*, senão, no acto fatal, a aggressão brutal, subdivide arbitrariamente uma operação unica. Ella admite o *facto da guerra* lá onde se estabelece a bateria, lá onde troa o canhão, lá onde se move a columna do assalto; mas não o admite, onde acampam os homens promptos a formar a sua columna, onde estão as reservas das tropas, da artilharia, das munições, que permittem entreter o fogo e utilizar-lhe os effeitos,—como si um facto

⁴³ Laferrière, loc. cit., p. 65.

fosse possível sem o outro, como si não fossem as faces diversas de um mesmo objecto, que é o exercito sitiante..."⁴⁴

De acordo com a doutrina mencionada, e, conseguintemente, não dando direito á indemnisação, tem sido esta recusada igualmente nos seguintes casos: — na tomada de moinhos e de forragens em terrenos occupados pelo exercito sitiante (C. E. 11 maio 1854,—*Civil*); no corte e devastação de plantações para as necessidades das tropas dos postos avançados (C. E. 1 maio 1874,—*Defretne*); na tomada de saccas de lã para amortecer os projectis (C. E. 8 junho 1873,—*Faglim*); etc.

Não ha mister insistir, que se trata de factos que, bem ou mal, se consideram *motivados pela necessidade actual immediata*; desde que assim não sejam, devem entrar na categoria dos actos *preparatorios* ou *preventivos*, e como taes, susceptiveis de indemnisação.⁴⁵ Conforme á ultima regra foi, por exemplo, recusado o character de *actos de guerra* ás occupações de terrenos e ás obras de fortificação, feitas em dezembro de 1870 nas *linhas de Carentan*, para defender a península de *Contentin* contra uma aggressão, que não estava imminente, e que não se deu jamais, e bem assim, as que foram feitas para fortificar os arredores do Havre em uma época, em que o inimigo não mostrava ainda o designio de nenhum ataque (C. E. 28 junho 1873,— Dumont; T. C. 10 fevereiro 1873, — *de Pomereu*).

65 i. — *Obras publicas em geral.* A regra desta materia é: que o Estado toma á sua conta todos os damnos resultantes da execução, boa ou má (*irréprochable ou defectueuse*), das obras publicas que elle emprehende. Em certos casos dita regra póde soffrer restricções,

⁴⁴ Apud Laferrière, loc. cit., p. 58-59.

⁴⁵ Laferrière, loc. cit., p. 60.—Cf. Batbie, *Précis de droit public et administratif*, p. 323-24. Pariz, 1885.

— Todas as reclamações da especie são do conhecimento do Contencioso Administrativo, salvo o caso de indemnisação por damnos em imroveis, resultantes de obras executadas, distantes das praças de guerra, cujo conhecimento pertence então ao Judiciario. (T. C. 1º fevereiro 1873, —de Pomereu).

tornando-se a responsabilidade do Estado, umas vezes, somente subsidiaria, e outras vezes, insubsistente mesmo; mas taes restricções, que se devem apoiar na legislação especial sobre a materia, não destroem o principio geral estabelecido.⁴⁶ A. administração, embora conservando-se no limite dos seus direitos, ou mesmo, no desempenho das obrigações que lhe são legalmente impostas, não fica por isto menos sujeita a reparar os danos causados na execução das obras publicas...Estas devendo aproveitar a collectividade, é justo que os seus encargos sejam igualmente repartidos entre todos. A jurisprudencia admite mesmo, que a responsabilidade de reparação possa subsistir nos proprios casos de força maior; distinguindo entre os effeitos, *naturaes* e *directos*, desta força, e as *aggravantes*, que a obra publica possa occasionar. Por exemplo, dá-se a supposta aggravante dos effeitos, quando a violencia ou duração de uma inundação é augmentada, ou por trabalhos executados no curso das aguas e nas suas margens, ou por aterros de estradas de ferro, retardando, em consequencia, o escoamento da enchente e o enxugamento das terras.⁴⁷

Alem disso, a regra comprehende, tanto as *obras publicas*,⁴⁸ mandadas executar directamente pelo Estado, como as que se fazem

⁴⁶ Michoud, loc. cit., p. 274-75; Cf. H. Bailby, loc. cit., p. 199 sg.

⁴⁷ Laferrière, loc.cit., p. 156-157.—Segundo diz Sourdat, diariamente se concedem indemnisações, por *damno directo* e *material*, aos proprietarios, cujos terrenos tenham sido inundados, quer em consequencia do obstaculo posto pelas obras ao escoamento das aguas naturaes das suas propriedades ou de propriedades superiores, quer em consequencia do refluir das aguas de uma ribeira, occasionado pela sabida insufficiente deixada ás mesmas (C. E. 3 setembro 1844; 9 janeiro 1849; 25 abril e 19 agosto 1855 ; 28 janeiro 1886.—Sourdat, loc. cit, n. 434.)

⁴⁸ A expressão—*obras publicas*—tem na technica da administração francesa uma significação assaz lata; nella se comprehendem, nao só, as obras, que se fazem geralmente sob a *directão immediata* da administração, ou por *empreitada*, mas tambem, as que se fazem,—mediante *concessões*, como as estradas de ferro, os trabalhos de canalisação, os abastecimentos d'agua, o fornecimento de gaz e electricidade nas cidades, a construcção e conservação de estradas ou vias publicas, etc., etc.

executar por adjudicação (*concessão*), e ella se refere, não só, aos danos causados ás pessoas, como tambem, ás cousas.⁴⁹

Mas, para que haja um damno no sentido juridico da palavra, observa Laferrière, é preciso, segundo a formula consagrada pela jurisprudencia, que o damno seja *directo* e *material*: directo, isto é, que a obra publica seja a sua causa immediata, e não simplesmente, a occasião; material, isto é, que se prejudique physicamente á propriedade, á sua exploração, ou ao seu accesso. Importa ainda, que o damno seja *actual* e *certo* e, não somente, *eventual* ou *provavel*; que, finalmente, não se trate de simples consequencias naturaes das obras feitas, as quaes, embora diminuam *vantagens* das propriedades *contiguas*, nem, por isto, as damnificam de modo directo. Como exemplos relativos á esta ultima condição, o citado autor declara, que—a diminuição das *vistas* de uma propriedade por obras que a *encobrem*,—o bruido que causa a passagem de trens sobre uma ponta metallica,—os incommodos temporarios, occasionados com os serviços da reparação de uma via publica, e outros taes, não podem obrigar a administração publica á prestar nenhuma indemnisação.⁵⁰

65 j. — Agora, em contrario, como casos, que servem para melhor illustrar a applicação da regra geral da responsabilidade, bastara citar os seguintes:

— Em consequencia do levantamento do nivel de uma rua, um estalajadeiro vio-se obrigado a modificar as disposições do seu estabelecimento; e por isto, pediu, uma indemnisação pela interrupção da sua industria e deterioração dos moveis e mais objectos. O damno foi considerado uma consequencia immediata das obras ordenadas; e portanto, um damno *directo* (C. E. 6 julho 1858).⁵¹ Mas, si a abertura de

⁴⁹ Sourdat. ob.cit., t. II, n. 1330 bis.

⁵⁰ Laferrière, loc. cit., p. 158.—Cf. Sourdat, ob. cit., 1.1, n. 431.

⁵¹ Simonet, *Droit public et administratif*, n. 1039.

uma nova rua, mudando a corrente da circulação popular, acarretar uma diminuição nos lucros dos negociantes estabelecidos nas outras ruas vizinhas; o damno aqui não é, senão, uma consequencia *remota* da execução das obras, isto é, um damno apenas *indirecto* e, portanto, não dará lugar á nenhuma indemnisação.⁵²

— Quando a construcção de um caminho de ferro ou de um aterro altera as condições de salubridade e de habitação de uma casa, privando - a de luz e ar, ou tornando o seu accesso mais difficil; ha nisto um damno *material* (C. E. 3 julho 1861). Mas si o aterro fosse feito á uma grande distancia da casa, e somente lhe tirasse a vista de uma bella paysagem, semelhante prejuizo seria considerado de difficilima apreciação pecuniaria, por não haver nisto um damno *material*...(C. E. 25 março 1867).⁵³

— Commummente succede, que os moradores lateraes das vias publicas gosam de *permissões* diversas em vista desta situação; essas *permissões* não constituem, todavia, um direito para aquelles que as tem e, apenas, um goso precario, visto tratar-se de cousa do dominio publico, que é inalienavel e imprescriptivel. Si pois, uma obra publica nullificar algum goso da especie, dahi não resultará direito á indemnisação.⁵⁴ Do mesmo modo seria de decidir em todos os mais casos analogos.

E' ainda de attender, que o damno *resarcivel* deve resultar de um facto, que não se entenda comprehendido no legitimo *exercicio do direito* de proprietario. Em principio, não se póde desconhecer que o

⁵² Ibidem.—Cf. Sourdat, loc. cit., n. 437.

⁵³ Casos ha, em que o damno póde ser directo e material, sem que haja contacto physico immediato entre as obras e a propriedade lesada. Assim: a derivação de um rio acarreta o fechamento de usinas estabelecidas no seu percurso, e os *usineiros*, ainda que collocados a grande distancia da agua derivada, soffrendo por esse facto um damno, têm direito a ser indemnizados.—Simonet, loc. cit.—Cf. Sourdat, ob. cit., t. I, ns. 431-32. Este ultimo autor cita outros exemplos importantes sobre casos de daninos *directos* e *indirectos*, etc.

⁵⁴ Simonet, loc. cit.

proprietario tem o direito de fazer no seu solo todas as construcções ou escavações que bem lhe pareçam; não devendo indemnisação alguma ao proprietário visinho, si usando strictamente do seu direito, as obras, por elle efectuadas, vierem causar algum prejuizo a este ultimo. A administração publica não deve ter a este respeito direitos menores, que o particular; e por isso se tem decidido muitas vezes, fazendo-se applicação dos principios do codigo civil (art. 552), que nenhuma indemnisação é devida aos proprietarios visinhos, pelo facto de as valias ou poços, feitos em execução de obras nos terrenos do Estado, haverem feito estancar as fontes que regavam as suas terras (C. E. 14 dezembro 1877; 11 julho 1879.)⁵⁵ Mas tambem se tem entendido que nem sempre se devera decidir de accordo com as regras invocadas do direito civil, que rege as relações ordinarias de vizinhança entre os proprietarios privados. Por exemplo, si em vez de uma simples valla, se tratasse da abertura de um tunel perfurado atravez de terrenos, cujo *fundo* fosse adquirido por via de desapropriação para esse fim; os danos dahi resultantes já não seriam considerados, como consequentes do uso normal da propriedade, e, por conseguinte, a quem os soffresse, caberia a acção de indemnisação (CE. 11 maio 1883).

— Questão, muitas vezes agitada, tem sido a de saber, si o abaixamento do solo das ruas ou caminhos publicos, diminuindo, de modo sensivel, as facilidades de accesso ás casas situadas aos lados, pode dar lugar á uma acção de indemnisação contra o Estado, ou contra a empresa concessionaria. Pela administração se tem sempre sustentado a negativa,

⁵⁵ Loc. cit., n. 1041.—Na derivação de uma ribeira para o fim de melhorar um porto, fora aberta uma grande valla nos terrenos adquiridos pelo Estado. O ex-proprietario fizera, depois da venda, construcções no terreno visinho. Mas, desde os primeiros trabalhos da cavação da valla, as suas construcções começaram a soffrer taes abalos e desordens, que a subsistencia das mesmas parecia ameaçada. A causa era, sobretudo, attribuida á mobilidade do solo. O prejudicado levantou, portanto, o seu pedido de indemnisação. A administração, porém, tendo demonstrado haver procedido com todas as precauções para impedir o ma) arguido, o pedido do ex-proprietario foi rejeitado, *visto a administração não ter ultrapassado os limites, em que podia usar da sua propriedade*. (C. E. 7 dezembro 1847; Cf. Bourdat, ob. cit., t. 1, n. 426.)

sob o fundamento de que as vias publicas não são gravadas de servidão alguma em proveito dos proprietarios lateraes, aos quaes incumbe, alias, a obrigação de pôr os seus predios de accordo com as condições daquellas, quaesquer que sejam as alterações feitas para melhor attender ás necessidades da viação; e que, conseguintemente, emquanto a administração não sahir dos limites do dominio publico, não lhe poderá caber nenhuma obrigação ou responsabilidade do facto. Entretanto pelos tribunaes judiciarios, e notadamente pela Côrte de Cassação, tem sido admittido o direito de indemnisação em favor dos proprietarios lesados; e o proprio Conselho de Estado não tem deixado, por sua vez, de reconhecer a applicação do mesmo principio, ainda que limitando - o a determinadas circumstancias sómente...⁵⁶

Não ha mister proseguir na citação de outros casos.

— Sobre os chamados *damnos indirectos* notam-se frequentes hesitações e duvidas no reconhecer aos lesados um direito de indemnisação; se podendo inferir que, em geral, esse direito lhes é negado; emquanto que, com relação aos *damnos directos e materiaes*, já vimos e podemos repetir que, em regra, a boa jurisprudencia tem reconhecida a obrigação do Estado de prestar aos lesados a devida indemnisação.⁵⁷

⁵⁶ C. C. 18 janeiro 1826; 11 dezembro 1827; 30 .abril 1838 ; 11 dezembro 1843.—C. E. 15 março 1844; 28 agosto 1844; 19 março 1846; 24 janeiro 1846; 18 junho 1846; 8 agosto 1865,—Cf. Sourdat, loc. cit., n, 429 sg. Pode-se ver neste autor, quaes as razões que militam em favor do principio seguido pela jurisprudencia na hypotnese das decisões citadas.

⁵⁷ Tambem se comprehendem entre os *damnos* das obras publicas; os provenientes da occupação temporaria de immoveis, que a administração ou os empregados, seus subrogados, fazem para deposito de materiaes e outros misteres, e bem assim, as cavações feitas em terrenos de terceiros para extrahir materiaes necessarios ás referidas obras. A lei e a jurisprudencia reconhecem a obrigação do Estado de prestar a devida indemnisação (C. E. 31 janeiro, 9 e 21 maio 1867; 4 janeiro 1863; 8 fevereiro 1868; 6 março 1872; 8 janeiro 1875); e quando a occupação se torna prolongada indefinidamente, ella toma o character de verdadeira desapropriação, e como tal, o caso, em vez de ser da juris dicção administrativa, fica sujeito ao conhecimento dos tribunaes ordinarios.—Simonet, loc. cit., ns. 1046-1056; H. Bailby, ob. cit., p. 183 sg. Neste ultimo

Não precisaríamos lembrar que, nos casos indicados, temo - nos apenas referido aos danos de obras publicas, resultantes dos actos licitos. Dos provenientes de actos illicitos se dirá; si houver casos dignos de menção, no seu logar conveniente.

66. — ACTOS ILICITOS OU ILLEGAES. Debaixo deste titulo comprehendem-se os actos lesivos, nos quaes concorrem, além da lesão de um direito objectivo, o elemento do *dolo*, *culpa*, *negligencia*, ou mesmo *ignorancia*, por parte do representante do Estado ou da administração publica.

Como regra de methodo, distinguiremos os actos lesivos praticados em consequencia de *relações contractuaes*, dos actos lesivos praticados fora dessas relações, a dizer, no simples exercicio da função publica.

I. Casos provenientes de relações contractuaes. — De accordo com a distincção admittida entre actos de gestão e actos de poder publico, a jurisprudencia tambem reconhece duas especies de contractos distinctos, celebrados em nome e por conta do Estado: os que se referem ao seu patrimonio, *lato sensu*, e ás relações deste,—e os que são actos do poder publico, embora creando um vinculo contractual entre o Estado e a parte interessada .

autor se encontra a indicação das leis, que regulam as differentes especies de occupação, sendo a mais recente dellas a de 29 dezembro de 1892. (C.C. 16 maio 1877 ; 5 fevereiro 1879; 25 fevereiro 1880.—T. C. 14 novembro. 1879; 26 junho 1880.—C. B. 14 março 1879; 21 abril 1830; 14 março 1890; 22 julho 1892; 10 dezembro 1897). As decisões do Conselho de Estado tem sido sempre de character restrictivo, isto é, só admittindo a indemnisação, quando a lesão de um *direito adquirido* é manifesta. Por exemplo, dado que, pela *elevação* ou *abaixamento* do solo da rua, o proprietario lateral se veja na necessidade de fazer obras para dar novo accesso ao predio, ou que este fique realmente depreciado, o Conselho de Estado tem decidido, que se deve prestar reparação pelo prejuizo causado; más si se trata de damno relativamente insignificante, como uma *mudança* ou *perda* da vista anterior, o mesmo Conselho não o tem considerado, como razão bastante, para empenhar a responsabilidade do Estado.—Vide; H. Bailby, loc. cit., p. 200 sg.

Nem sempre é possível manter clara, a linha divisória destas duas espécies de contractos,— a primeira, do conhecimento dos tribunais ordinários, e a segunda, das autoridades administrativas; visto como semelhante classificação esta sujeita á mesma dificuldade, que se dá em geral com relação aos actos de gestão e de imperio, e de que já tivemos ocasião de tratar. Todavia, é ella invocada e recommendada, ao menos, em principio, como seria facil de verificar dos diversos casos occorrentes.

Se tem considerado, por exemplo, como contractos da primeira espécie, os que se fazem: sobre a *adjudicação* de cortes de madeira nas mattas ou florestas do Estado; sobre o arrendamento de direitos de caça nas mesmas; sobre o arrendamento de direitos de pesca nos cursos de aguas navegaveis; sobre o arrendamento de fontes mineraes e outros semelhantes; e bem assim, os que se referem: á locação de immoveis, á execução de obras publicas, á fornecimentos para os serviços publicos, á operações de empréstimos da divida publica, á operações da thesouraria, cauções ou garantias de serviços, etc.; todos os quaes, são sujeitos ás disposições do direito commum, ou de leis particulares reguladoras da materia.⁵⁸

Se tem, porém, considerado, como da segunda espécie, os contractos, ou melhor dizendo, certos actos de character contra ctual, taes como: as *concessões diversas*, que o poder publico faz sobre a navegação, a viação em geral, principalmente a de caminhos de ferro, a exploração de minas ou de varios outros ramos industriaes, a concessão gratuita de terras e de outros bens do dominio do Estado de maneira definitiva ou revogavel, e mais actos de natureza analoga. Tambem se tem pretendido incluir nesta segunda espécie de contractos os engagements militares e

⁵⁸ Não seria preciso enumerar, entre os exemplos supraditos, os contractos ordinários da compra e venda, troca, e outros, proprios da gestão dos bens e interesses patrimoniaes do Estado.

os *cargos publicos* (*estes ultimos considerados como mandatos salarizados*).⁵⁹

Mas guardada, ou não, a alludida distincção, aos contractos do Estado em geral são applicaveis os principios do direito eivil, muito embora sujeitos á modificação. Em direito administrativo, como em direito *commum*, diz Dareste, as convenções, egalmente feitas, fazem lei entre os que as celebram (cod. civ. art. 1134); todavia, emquanto no direito *commum* ellas não podem ser revogadas, senão, por consenso mutuo das partes contractantes, ou por causas previstas na lei; o Estado, ao contrario, pode sempre resitir as suas convenções, quando o interesse publico assim o exija, salvo a obrigação de indemnisar. Esta mesma indemnisação, accrescenta o citado autor, é regulada de maneira especial: em direito *commum* a satisfação dos *damnos* comprehende a perda oceasionada e o lucro de que o lesado foi privado; em direito administrativo, isto é, tratando-se de satisfação devida pelo Estado, *só se deve attender* á perda soffrida.⁶⁰ Em todo o caso, para que haja direito á indemnisação, é mister, que se trate de um verdadeiro contracto entre o Estado e o individuo reclamante; do contrario, a administração ver-se - hia diariamente detida na sua acção.

A jurisprudencia tem mantido este principio restrictivo, e notadamente: *a)* a proposito de reclamações de negociantes e industriaes, por motivo de alterações feitas nas tarifas aduaneiras ou nas disposições

⁵⁹ E' de ver a este respeito: Laferrière, loc. cit., p. 587-621; Dareste, *La Justice Administrative*, p. 388 sg.—Paris, 1898. Este segundo autor, depois de fazer um ligeiro estudo, historico-legislativo, da materia, diz: "*Le contrat qui se forme entre l'Etat et le fonctionnaire est un mandat salarié, mais un mandat SUI GENERIS.*" Mas, logo em nota, observara: Trata-se apenas de uma analogia, porque a lei rege imperativamente as relações existentes entre o Estado e os funcionarios, e nenhuma convenção pode derogar ás disposições leaes.—Loc cit. E' tambem a doutrina de Laferrière (loc. cit., p. 619), salvo si se trata de missões ou commissões especiaes, que possam ter o verdadeiro caracter de um contracto.

⁶⁰ Dareste, loc. cit., p. 275-76. O autor observa, entretanto, que em decisões recentes o Conselho de Estado já tem modificado a jurisprudencia acima dita.—Cf. Simonet, loc. cit., ns. 1017-1036 e 1045;—Michoud, loc. cit., p. 256.

regulamentares do exercicio de certas industrias ; *b)* contra a reclamação dos açougueiros de Pariz, por ocasião de ser restabelecida a liberdade desse ramo de commercio, de que os mesmos tinham o monopólio. (C. E. 30 junho 1859; 14 julho 1859; 20 janeiro de 1882).⁶¹

66 a. — Seja, porém, como fôr, em se tratando verdadeiramente de contracto, a regra da materia é: que o Estado responde pelo damno proveniente das relações contractuaes, seja licito ou illicito o acto do funcionario, que dêr causa ao damno.⁶²

Não ha mister citar casos particulares da jurisprudencia a esse respeito; apenas, a titulo de illustração, ainda ajuntaremos aqui algumas palavras.

No que respeita ás concessões, é difficil a questão de saber, si o Estado pode fazer novas sobre os mesmos direitos, de que se acham gosando os concessionarios anteriores, sem sujeitar-se á uma acção de perdas e danos...

Se pretende, como boa doutrina, que o Estado, fazendo uma concessão, diga-se , de estradas *de fero, canaes, pontes*, etc., etc., não renuncia, por isto, o seu pleno direito de, para o futuro, fazer outras do mesmo genero; e assim se tem, como effeito, decidido em casos concorrentes (C.E. 17 janeiro 1846). Dado, porém, que , das clausulas expressas da concessão, resulte uma transferencia definitiva de direitos ou privilegios ao concessionario, com exclusão completa de concurrencia presente ou futura; tambem se tem decidido, que o direito á indemnisição não pode deixar de ser admittido (C.E. 26 maio 1853) desde que a nova concessão redunde em prejuizo da primeira.⁶³

⁶¹ Dareste, loc. cit.

⁶² Vide: Michoud, loc. cit., p. 4, e 261 sg.

⁶³ Sourdat cita este caso: A companhia da ponte de *Rognonas* sobre o *Durance* tinha nas clausulas da sua concessão, que nenhuma *ponte* ou *barco de passagem* seria permitida,

Do mesmo modo, ha decisões sujeitando o Estado a pagar indemnisações: — *a)* em favor do *adjudiciario* dos direitos de pesca pelo prejuizo resultante do acto prefectural, autorisando a despejar lixo na ribeira *adjudicada*; — *b)* em favor do adjudicatario dos direitos de caça, pelo prejuizo soffrida de uma manobra militar; — *c)* e até em favor de individuo, que reclamára contra a suppressão do seu cargo (*d'un office ministeriel*), sob o fundamento de a suppressão se haver dado fóra das condições strictamente determinadas na lei (C. E. 25 julho 1884; 20 fevereiro 1885).⁶⁴

A suppressão dos empregos de officiaes publicos (*officiers mmistériels*)^{64.a} tem dado lugar á controversia. Sustenta-se de um lado, que o *official publico*, não obstante o seu direito de apresentar successor á contento do governo, é simples titular, e não proprietário da função publica. Mas sabido, de outro lado, que o emprego em questão comprehende, além disso, um escriptorio e clientella, que representam um capital productivo de rendimento, como o de qualquer profissão livre, não seria licito negar que a *suppressão* importa um damno ao titular do emprego. A lei de 18 de julho de 1866 assim o entendeu, com effeito, quando, supprimindo os corretores de mercadorias, lhes reconheceu logo o direito á uma indemnisação pela perda do cargo, indemnisação, que

á uma distancia menor de 1.500 metros do logar em que aquella fôra construida. Permittido, porém, que a companhia do caminho de ferro de Marselha á Avignon podesse construir, dentro dessa zona dos 1.500 metros, uma *ponte-viaducto* sobre o *Durance*, os concessionarios da ponte de *Rognonas* pediram uma indemnisação, e o seu direito á mesma foi, com effeito, reconhecido.—*Sourdat*, loc. cit. n. 427.

⁶⁴ Michoud, loc. cit., p. 262 e *notas ibi*.—Laferrière, que sustenta que na nomeação do funcionario ha um acto de autoridade hierarchica, e não um contracto, cita decisões do T. C. e do C. E., recusando o direito de acção judicial de indemnisação, em favor de funcionarios municipaes, que se queixavam de exoneração não justificada. Nas decisões alludidas, se accentuara: que a autoridade judiciaria, *incompetente para apreciar a validade da exoneração*, não podia evidentemente apreciar o pedido da indemnisação, fundado, justamente, em que a exoneração fôra irregular ou inoportuna.—Laferrière, loc. cit., p. 621.

^{64.a} Se consideram assim "*les avocats À la cour de cassation, les notaires, leu avoués, les greffiers, les huissiere, les commissaires-priseurs, etc.*", —os quaes, conforme a lei de 28 abril 1816, art. 91, tem o direito de apresentar o seu successor no cargo.—H. Bailby, loc. cit., p. 197;—A. Magnitot, *Diction. de droit public et administratif*, t. II.

devia ser estimada segundo os dois elementos: o titulo e a clientella. Entretanto, dado que o Estado augmente ou diminua o numero dos officiaes publicos em determinada eircumscripção territorial, conforme as exigências do interesse publico, a jurisprudencia tem decidido, que os então existentes não terão, por isso, o direito de reclamar indemnisação alguma (C. E. 13 de janeiro 1865).

67. — II. Casos provenientes de relações extracontractuaes. Comprehendemos debaixo deste titulo todos os actos lesivos, que se podem dar nas funcções publicas, não ainda indicados nas classes anteriores.

E,' sobretudo, com relação a taes actos, que se costuma invocar a distincção, já assaz conhecida, de actos de *imperio* e actos de *gestão*, para decidir da responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado. Como *regras geraes* da materia, não seria mais preciso lembrar: — Os actos do Estado-poder publico não dão logar a recurso algum perante os tribunaes judiciarios ou administrativos; somente por via graciosa será licito ao lesado pedir modificação do acto ou uma indemnisação do damno soffrido,⁶⁵ em contrario, os actos do Estado-pessoa juridica, ou melhor dizendo, os actos de *gestão* obrigam o Estado pelos danos resultantes, e na mesma forma das disposições do proprio direito civil, desde que nos actos susceptiveis dessa responsabilidade concorram duas condições: que o acto arguido seja praticado pelo agente no exercicio das suas funcções, e que o mesmo constitua uma culpa caracterisada.⁶⁶

67 a. — No entender dos autores e conforme á jurisprudencia fundada no direito positivo francez, a irresponsabilidade do Estado pelos actos de *poder publico* é incontestável, ainda mesmo

⁶⁵ Sourdat, loc. cit., n. 1305.

⁶⁶ Sourdat, loc. cit., n. 1806-1807.—Michoud, loc. cit., p. 257-258; Laforrière, loc. cit., t. II, p. 183, signanter, p. 185 seg.

reconhecido, que o acto arguido seja illicito ou praticado com *excesso de poder*.

Entre outros casos, nos quaes se recusou admittir a responsabilidade civil do Estado - poder, se mencionam os seguintes :

a) O acto do governador de uma colonia ordenando illegalmente a expulsão de um colono (C. E. 12 dezembro 1884).

b) O acto de uma decisão ministerial recusando a um particular a autorização necessaria para explorar uma fonte d'agua mineral (C. E. 23 junho 1882; 9 fevereiro 1883).

c) O acto culposo de um consul, que causara damno, se oppondo ao desarmamento de um navio (C. E. 8 janeiro 1875).

d) O erro de um prefeito, prejudicando á Communa na cobrança de taxas (C. E. 13 abril 1881).

e) A demora (*negligencia*) em marcar os instrumentos de pesos e medidas apresentados á aferição (C. E. 1 agosto 1884).

f) O erro do prefeito pondo fóra de actividade, em virtude de seus poderes de policia, a uma usina, sobre a qual não devia recair legalmente essa medida (C. E. 5 fevereiro 1892).

g) O acto do governo autorisando um departamento a estabelecer um *tramway*, em concurrencia com um caminho de ferro, já concedido por esse departamento (C. E. 13 janeiro 1893); etc.⁶⁷

⁶⁷ Michoud, loc. cit., p. 258-259. Não sabemos, si os poucos casos acima citados fornecem argumento bastante para a affirmação categorica, que o illustre professor Michoud faz, da irresponsabilidade do Estado, quanto aos actos illicitos de *poder publico*....

Pelo menos, casos tambem tem havido, derivados de actos de poder, cujas decisões, muito embora *excepcionaes*, não corroboram a regra alludida. Laferrière (ob. cit., t. I, p. 187) dá-nos, com effeito, noticia de dous arestos; o primeiro (C. B. 26

Não são muitos, como se vê, os exemplos mencionados; mas, fundada, ou não, na autoridade dos arestos, a regra, que se insinua e prevalece, como dominante, é a da irresponsabilidade do Estado, como acima se disse.^{67.a}

67 b. — Pelo que diz respeito aos actos de *gestão*, e alguns mesmo de natureza diferente, o Estado tem sido declarado responsável, além d'outros, nos seguintes casos:

a) Pelos danos provenientes de *delictos ou quasi delictos*, commettidos na exploração e serviços das suas vias - ferreas, por lhe ser igualmente applicavel o disposto no art. 22 da lei 15 julho de 1845, que dispõe: "Os concessionarios ou arrendatarios de uma via - ferrea serão responsáveis do damno causado pelos administradores, directores ou agentes, empregados á qualquer titulo no serviço da exploração da via - ferrea. O Estado será sujeito á mesma responsabilidade para com os particulares, si a via - ferrea fôr explorada á sua custa e por sua conta." (C. C. 5 julho 1886; 25 outubro 1886 ; 9 março 1887).

b) Pelos danos provenientes da administração do patrimonio ou bens do Estado,—por lhe serem inteiramente applicaveis as disposições do direito civil, que regem as relações identicas dos particulares (T. C. 30 maio 1884).

novembro 1875) annullando um acto do governo por *excesso de poder*; e o segundo (C. E. 5 dezembro 1879) condemnando o Estado a pagar uma indemnisação de 53.000 frs., como reparação de danos causados *por um acto de poder publico*.

^{67.a} Com relação ás Communes, a lei lhes attribue um circulo maior de responsabilidade, do que ao Estado; sendo, a esse respeito, digno de toda attenção o trabalho publicado por Michoud, *De la responsabilité des Communes á raison des fautes de leurs agents* (na REVUE DU DROIT PUBLIC, t. VII, p. 41-84). Tambem se pode ver: A. G. Boulén, *De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs*, p. 116-117, e 265 sg.—Rennes, 1902.

c) Pelo damno de accidentes succedidos a operarios em trabalho nos arsenaes (C. E. 4 abril 1879; 7 julho 1893).⁶⁸

d) Pela perda de um processo confiado a autoridade militar, perda, que teve por consequencia a impossibilidade de se poder effectuar a cobrança de um credito (C. E. 20 junho 1884).

e) Pelos damnos causados ás propriedades pelos agentes da navegação, culpados da demora na abertura da comporta das aguas (C. 6 janeiro 1882).

f) Pelos damnos causados á navios em virtude de culpa dos officiaes do porto (C. E. 6 maio 1881; 21 Julho 1882; 11 dezembro 1885; 27 junho 1890).

g) Pelos damnos da explosão de uma usina occupada pela administração militar para o fim da fabricação da polvora (C. E. 9 março 1877).

h) Pelos damnos causados por carros ou trens de equipagens militares ou da artilharia (C. E. 4 abril 1879; 27 julho 1883), ou por cavallos empregados em serviço militar (C. E. 21 maio 1879; T. C. 8 fevereiro 1893).

i) Pelos damnos cansados por agentes do Estado encarregados dos serviços de uma Exposição Universal (T. O. 4 agosto 1891; C. E. 24 abril 1885).

j) Pelo damno resultante do engano de agentes da administração florestal, de que proveio a damnificação de arvores, que pertenciam a terceiro, e não ao adjudicatario da floresta (T. C. 10 maio 1890).

⁶⁸ Tem-se entendido que a lei de 9 de abril 1898, relativa aos accidentes do trabalho, é, por igual, applicavel aos serviços indnstriaes do Estado.—Vide: H. Bailby, ob. cit., p. 116 sg.

k) Pelo damno proveniente de uma *contrafação*, commettida pelos agentes do Estado, embora em proveito do serviço publico (C. C. 1º fevereiro 1891).⁶⁹

l) Pelos danos causados ás propriedades visinhas com o estabelecimento de um campo de tiro, e bem assim, on consequentemente, pelo prejuízo feito ás pessoas ou cousas por tiros mal dirigidos ou dados com imprudencia (C. E. 31 março 1882; 6 julho 1883; 8 agosto 1884; 29 janeiro 1892; 16 junho e 7 julho 1893). — A mesma regra se applica aos danos causados pelas manobras militares (C. E. 11 maio 1893; 25 fevereiro 1884; 25 julho 1884)⁷⁰, assim como, aos accidentes, de que certos individuos são victimas, em rasão de imprudencia ou negligencia commettidas por militares no cumprimento de seus serviços (C. E. 25 março 1892; 7 julho 1893; 6 dezembro 1895; 17 julho 1896).

m) Pelos danos causados por abalroações de navios do Estado (C. E. 25 agosto 1861; 14 março 1873; 16 janeiro 1875; 7 julho 1876; 25 abril 1890); sendo applicaveis a taes danos as mesmas regras do Codigo do Commercio, quando menos, pelo que respeita as suas razões ou principios.

n) Pelos danos que provém em geral dos accidentes nas fabricas, fundições e outros serviços do Estado (C. E. 8 maio 1874; 4 abril 1879; 20 julho 1883, etc).

o) Pelo damno proveniente de homicidio, praticado por agente das alfandegas ou empregado da administração das contribuições

⁶⁹ Os agentes do Estado haviam *contrafeito* um aparelho para o fim de facilitar a verificação dos *pesos* e *medidas*. E a condennação comprehendeu, além da satisfação do damno, a apprehensão dos objectos contrafeitos. — Michoud, loc. cit., p. 10.

⁷⁰ Sobre a materia de manobras militares ha a lei de 3 de julho de 1877, art. 54, admittindo o principio de indemnisação pelos danos causados, quando se dá culpa ou illegalidade na occupação do terreno pelas tropas.

directas, muito embora no exercicio de suas funcções e no intuito de evitar a fraude (C. C. 19 julho 1829; 30 janeiro 1833).⁷¹

p) Pelo damno proveniente da apprehensão ou penhora, feita sem *justa causa*, de mercadorias pela alfandega ou administração das contribuições indirectas (C. C. 21 dezembro 1831; 22 janeiro 1835).⁷²

q) Pelo damno resultante da subtracção de titulos de renda (divida publica) por funcionario incumbido do serviço de transferencia ou regularisação do mesmo (C. C. 29 fevereiro 1836); e bem assim, pelo resultante da irregularidade no pagamento dos juros vencidos da divida publica, em consequencia de abuso dos respectivos funcionarios.⁷³

r) Pelos extravios de cartas, cujo porte (*duplo*) fôra devidamente pago nos *Correios*, e bem assim, pelos papeis de valor incluídos nas mesmas cartas (C. C. 12 janeiro 1849; 12 maio 1851; C. E. 12 julho 1851; 14 setembro 1852). Do mesmo modo pelos valores remettidos pelos Correios, de que se havia feito a devida declaração e pago a respectiva porcentagem (Lei 4 junho 1859; C. O. 26 dezembro 1866; 25 junho 1890; 31 janeiro 1893; C. E. 21 janeiro 1876; 7 agosto 1883).⁷⁴

s) Pelo prejuizo causado em consequencia do estrago das malas postaes (C. C. 1º abril 1845).

t) Pelos danos resultantes de accidentes na execução de obras publicas, succedidos por negligencia, imprudencia, e defeito no plano ou no modo da execução, ou por falta das precauções necessarias

⁷¹ Vide: Decisões a esse respeito, apud Sourdat, ob. cit., t. II, h. 1310 sg.— Cf. Batbie, ob. cit., p. 323-24 e notas.

⁷² Sourdat, loc. cit., n. 1311 sg.

⁷³ Loc. cit., n. 1314.

⁷⁴ Sobre os fundamentos das decisões e os casos de excepção ou restricção, é de vêr:— Sourdat, loc. cit., ns. 1315-1320; Bailby, loc. cit., p. 97 sg.

(C. E. 19 dezembro 1839; 26 abril 1847; 22 junho 1882; 28 maio 1886; 24 junho 1892; 15 junho 1894; 28 junho 1895).⁷⁵

67 c. — Não nos parece de necessidade proseguir na exemplificação de outros casos particulares. Conhecidos os principios da doutrina corrente, facil será suppor a sua applicabilidade aos casos ou especies analogas.

De algumas das decisões, que fôram mencionadas, se terá com certeza notado, que o Estado, *nem sempre*, tem sido declarado irresponsavel pelos damnos dos actos illicitos, embora praticados no exercido de funcções, que se reputam de poder ou autoridade. — E em varios actos seria, certamente, difícil dizer, *onde termina o imperio*, e *onde começa a gestão*, como em outra parte já tivemos occasião de observar.^{75.a}

Esta theoria da *distincção dos actos*, insinuada com tanta insistencia, já como argumento da responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado — já como meio de subtrahir os actos da administração, propriamente dita, á sancção do direito privado e dos tribunaes judiciaes, não têm, na realidade dos factos, correspondido ao fim, que se pretende. Verifica-se , pelo contrario, que as razões ou principios invocados pelo Conselho de Estado nas suas decisões, quando lhe cabe conhecer da responsabilidade civil do Estado, tem sido, em regra geral, os mesmos,

⁷⁵ O damno é reputado facto da administração, quando se trata de accidentes succedidos em consequência de vícios do plano, ficando o empresario ao abrigo de responsabilidade pessoal; porque elle desempenha apenas o papel passivo de agente da administração, isto é, executando ordens superiores, de cuja conveniência não é juiz...Portanto, si o plano ou o modo da execução *ordenado* são viciosos, e dahi resulta o accidente, é o Estado o responsavel (T. C. 22 abril 1882; ap. Sourdat, loc. cit., n. 1328). A regra é a mesma, si o accidente se dêr por falta da devida fiscalisação,—sendo applicavel ao caso o disposto no art. 1383 do codigo civil (C. E. 29 agosto 1835; 27 maio 1839; 9 novembro 1888; 17 maio 1889; 9 e 31 dezembro 1892).—Loc. cit., n. 1330.

^{75.a} De resto, a responsabilidade civil do Estado tem sido declarada em França por diversas leis particulares, cujo elenco se póde ver em—H. Fromageot, *De la faute comme source de la responsabilité*, p. 153-155.— Paris, 1891.

sobre os quaes a Côrte de Cassação, ao seu turno, procura assentar as suas sentenças sob a sancção immediata ao referido direito. E, que são de natureza identica os caminhos, que levam ao templo da justiça, apesar da subtileza das *insinuações*, com que se pretende desviar os que della precisam...

Para encerrar o capitulo precisamos, todavia, declarar,— que a tendencia da jurisprudencia franceza é, manifestamente, a de amparar os direitos individuaes contra as lesões, commettidas pelos representantes ou funcionarios do Estado. Mas de um lado, a preocupação tradicional dominante, de que os actos administrativos *só podem ser apreciados pela autoridade administrativa*, o que leva a fazer distincções e subdistincções nos actos ou funcções publicas, para evitar a interferencia do poder judiciario, — e de outro lado, a falta de disposições legaes de caracter geral, especialmente reguladoras da materia, tem dado occasião a tantas incertezas, senão, incongruencias ou contradicções nas normas seguidas e nas decisões dessa jurisprudencia, que jamais poderíamos apontar - a, como modelo de boa razão e criterio, na questão que nos occupa.

Ella carece, sabidamente, de base solida em face do direito positivo vigente; é o que reconhecem e confessam os seus proprios defensores...

CAPITULO II

A Jurisprudencia Belga

§ 1º INDICAÇÕES PRELIMINARES

68. — Não é muito o que nos propomos dizer sobre a jurisprudencia belga, relativa á questão da responsabilidade civil do Estado. Devido, principalmente, ao facto da origem commum da sua legislação com a da França, a referida jurisprudencia apresenta traços da maior semelhança, ás vezes mesmo, de identidade com a jurisprudencia

franceza no que concerne á applicação dos principios e regras de direito, invocados nas suas decisões.

Entretanto num ponto, aliás, de summa importancia, aquella se distingue desta, e, ao nosso ver, com vantagem para a defesa dos direitos individuaes: é, que na Bélgica não existem duas jurisdicções, a contenciosa-administrativa e a judiciaria; em principio, pelo menos, a autoridade judiciaria é competente para conhecer e decidir os litigios de toda especie.

Ainda que a lei mantenha o principio da separação dos poderes, entre a funcção judiciaria e a funcção administrativa, vedando, consequentemente, a intervenção judiciaria em casos, que importem uma usurpação ou um obstaculo directo á acção do poder executivo, e estabelecendo para a hypothese, o recurso do conflicto de jurisdicção;⁷⁶ o facto é, que, na ausencia de tribunaes administrativos, é sempre ao judiciario, que cabe a competencia em materia contenciosa, senão, para impedir ou desfazer o acto administrativo, com certêsa, para conhecer dos seus effeitos, objecto do litigio. Isto tem assento na propria Constituição belga, a qual declara expressamente: *Les contestations qui ont pour object les droits civils SONT EXCLUSIVEMENT du ressort des tribunaux* (art. 92).

As proprias questões, que tem por objecto direitos politicos, são igualmente declaradas da competencia dos tribunaes, salvas as excepções estabelecidas pela lei (art. 93).

Ainda mais: a Constituição tambem reconhece aos tribunaes de justiça o direito de não applicar os regulamentos geraes, parciaes e locaes, desde que os considerem em desacordo com as leis (art. 107).

⁷⁶ Laferrière, ob. cit., I.I, p. 85 sg.—Cf. Lonné, ob. cit., p. 141. E' á Côte de Cassação, que compete resolver sobre a materia dos conflictos.

Em vista destas disposições do direito constitucional, a expressão “*direitos civis*” é tomada, diz Laferrière, na sua mais larga accepção, de modo a abranger todos os contractos, todos os compromissos pecuniarios do Estado, e todos os actos de gestão em materia de serviço publico, — considerando-se o Estado, no tocante a taes actos, como simples pessoa civil, em contraposição á pessoa politica, que elle representa, quando exerce o poder publico.^{76.a}

68 a. — Com relação ao ponto especial da responsabilidade civil do Estado pelos actos lesivos da administração publica, se tem, como regra da materia:

a) Os actos de *poder publico*, desde que sejam praticados na forma e limites legais, não dão, em principio, direito á nenhuma acção de indemnisação, muito embora susceptíveis de damno ao alheio direito. E de facto, assim se tem decidido na maioria dos casos, a dizer que o Estado não é responsavel pelos actos de negligencia ou culpa dos seus funcionarios, sob o fundamento de que, segundo a melhor intelligencia, a disposição do art. 1384 do cod. civil, que declara o committente responsavel pela culpa de seu preposto, se refere ás relações de individuo a individuo, e por isto não póde ser applicavel aos cargos ou funcções publicas, nascidas das leis, que interessam á ordem publica e á administração do Estado (C. C. 24 abril 1840 e 7 novembro 1851).

b) Nos demais actos, porem, nos quaes o Estado apparece como pessoa civil, sejam relativos á infracção de contractos e á materia de obras publicas, sejam concernentes a serviços industriaes ou a quaesquer outros actos *de gestão*, a responsabilidade do Estado pelas culpas dos funcionarios é a doutrina firmada pela jurisprudencia. Com

^{76.a} Laferrière, loc. cit., p. 91.—As decisões da C. C. 21 fev. 1832, 11 janeiro e 9 dezembro 1833, e da C. App. Liège 11 nov. 1883 consagram realmente a doutrina supradita com relação á pessoa do Estado.

ella conferem a lição dos autores mais competentes e os considerandos de numerosas decisões, tanto da Côrte de Cassação, como dos outros tribunaes superiores do paiz (C. C. 28 dezembro 1855, e 9 dezembro 1880, etc.)

Diz De Fooz:

L'article 1384 ne s'étend pas á l'administration publique, en tant que celle - ci se produit comme application de la souveraineté et dans sa personnalité politique (C. C. 28 dezembro 1855). A ce point de vue, l'Etat, la province, la commune ne répondent pas civilement des fonctionnaires qu'ils emploient et des torts qu'ils peuvent causer par leur fait ou leur négligence dans leur mission administrative.

Ainsi, en matière de douanes, le gouvernement ne répond pas des actes illégaux, vexatoires ou arbitraires des préposés de la douane, pas plus qu'il ne répond des dommages causés par des troupes, des soldats, à des propriétés privées. En l'absence d'un principe contraire posé par les lois d'ordre public, la responsabilité s'arrête au coupable (C. C. 24 abril 1840).

Mais l'Etat, la province, la commune ne semblent pas pouvoir se soustraire á l'application du droit commun, celui de l'article 1384 du code civil, toutes les fois qu'ils agissent comme personne juridique, individuelle et que, comme telles, ils posent des faits de propriété, des faits industriels ou commerciaux, et font acte de la vie civile.⁷⁷

O motivo politico, que determina o Estado a fazer tal ou tal acto por seus prepostos, é indifferente; o que importa, é a natureza propria do acto.^{77.a}

A mesma lição, variando apenas de fôrma, é ensinada por um outro autor mais recente, e de igual autoridade na materia.

" No que respeita á separação e independencia respectiva do poder executivo e do poder judiciario, disse Beltjens, é preciso distinguir o

⁷⁷ De Fooz, ob. cit., t. I, p. 346.

^{77.a} Loc cit., p. 348.—Vide: C. C. 25 fevereiro 1850, 27 maio 1862, 19 dezembro de 1854; e numerosas outras decisões, *ibi* citados.—Cf. A. Giron, ob. cit., n. 230 sg.

poder administrativo representando o Estado, como soberano, como personalidade nacional, do Estado agindo como pessoa civil. Como soberano, o Estado não poderia ser sujeito ao poder judiciário, e os seus actos não poderiam jamais dar lugar á nenhuma acção de responsabilidade civil; enquanto que, como pessoa civil, o Estado póde ser obrigado a responder perante os tribunales, ficando sujeito a todas as regras do direito civil.⁷⁸

69. — Quanto á responsabilidade pessoal dos funcionarios, a lei reconhece aos particulares o direito de chamal-os perante a autoridade judicial, pelas offensas ou lesões commettidas nos seus cargos ou funcções (Const., art. 24).

Decerto, o direito de acção contra os funcionarios na Belgica é actualmente livre, independente de qualquer autorisação do governo, como outr'ora se exigia. Alli não se dá o conflicto de jurisdicção, nem a excepção de incompetencia; nem, tão pouco, o funcionario se poderá acobertar, como em França, com o pretexto de haver agido, não, como particular, mas a titulo de agente ou mandatario do soberano. Um burgomestre, por exemplo, que commetter um acto vexatorio no exercicio de suas funcções, é declarado responsavel; muito embora possa elle provar que agira na qualidade de burgomestre e no interesse da communa (C. C. 25 fevereiro 1883).⁷⁹

Das decisões mais conhecidas sobre este ponto particular da materia se tem por assentado, que, além da responsabilidade criminal que porventura resulte do acto, os funcionarios publicos são ainda sujeitos á responsabilidade civil nos seguintes casos: *a)* quando usam de dolo ou fraude para prejudicar aos individuos particulares; *b)* quando ajuntam calumnias ou injurias aos despachos de ordem geral que proferem; *c)*

⁷⁸ G. Beltjens, *La Constitution Belge Reviste*, p. 424.

⁷⁹ A. G. Boulén, ob. cit., p. 264-65.

quando se arrogam um poder que não tem, ou saíem dos limites do seu mandato legal, causando com isto damno a outrem; *d*) quando causam damno por imperícia ou ignorância; *e*) quando abusam da autoridade para impor actos vexatórios, ou empregam vias de facto attentatorias da propriedade, ainda mesmo, que pretendam fazel - o no interesse commum.^{79.a} A responsabilidade em taes casos, adverte De Fooz, è pessoal; ella não remonta áquelles, de quem os funcçionarios recebem o mandato, a menos que os actos fossem executados em virtude de ordens recebidas de superior, a que o funcçionario devia obediencia hierarchica; sendo, nesta ultima hypothese, a acção de indemnisação admissivel tanto contra cada um delles separado, como contra ambos juntamente (C. C. 13 janeiro 1848, e 19 fevereiro 1857).^{79.b}

Entretanto devemos ajuntar, a jurisprudencia, em regra, só tem admittido a responsabilidade do funcçionario administrativo, nos mesmos casos, em que ella teria logar contra os juizes e funcçionarios judiciaes, a dizer, provando-se dolo, fraude ou culpa grave no acto arguido; uma simples interpretação, mesmo erronea, da lei não daria argumento procedente para a alludida responsabilidade. Assim, pois, si a autoridade policia fizer prender arbitrariamente a um individuo, fora dos casos previstos na lei, deverá responder por semelhante acto (Trib. Bruxellas 27 janeiro 1844; C. C. 19 junho 1880); mas si o burgomestre causar um damno, devido á uma interpretação errada das disposições regulamentares, não deverá ser, por isso, declarado civilmente responsavel (C. App. Bruxellas 30 dezembro 1882).^{79.c}

^{79.a} De Fooz, *Le droit admin. belge*, t. I, p. 342-344.

Este autor cita decisões das cortes judiciarias, firmando os pontos da doutrina acima indicados.

^{79.b} Sobre os casos de responsabilidade pessoal do funcçionario, é de ver; A Giron, ob. cit., ns. 227-280 e 236-237.

^{79.c} Apud Giron, loc. cit., p. 260; Cf. A. G. Boulén, loc. cit., p. 366. Com relação aos juizes, os casos da sua responsabilidade *pessoal* estão declarados no art. 605 do Cod.do processo civil.

§ 2º CASOS E DECISÕES

70. — ACTOS LEGAES ou ISENTOS DE CULPA. Conhecidos os principios geraes, que dominam a materia, seria escusado repetir, que o Estado jamais responde civilmente pelos damnos, que porventura provenham das leis e mais actos de poder soberano, propriamente taes, contra os direitos individuaes. A este respeito a doutrina e a jurisprudencia belga em nada differem, quanto á affirmacão do principio, da jurisprudencia franceza, da qual já se fez a devida menção no capitulo precedente.

Disemos que a jurisprudencia belga não differe da franceza, “quanto á affirmacão do principio”; porque, quanto á apreciação dos casos, notam-se não poucas divergencias. Os tribunaes belgas, com effeito, têm considerado ás vezes certos actos, não susceptiveis de responsabilidade por pertencerem, digamos, á categoria dos *actos de poder*, os quaes a jurisprudencia franceza teria certamente reputado fora dessa categoria; além de que a jurisprudencia belga faz, em geral, applicação mais lata das disposições do direito privado na apreciação dos actos do Estado, do que o tem sido admittido por aquella jurisprudencia.⁸⁰

⁸⁰ Michoud cita, como exemplo de divergencia entre as duas jurisprudencias, uma decisão da Côrte de Cassação belga (C. C. 3 março 1892), declarando o direito *commum* inapplicavel ao Estado no caso de um damno causado a um barco em consequencia da falsa manobra feita pelo guarda da represa (*éclusier*), sob o fundamento de que o serviço da navegação constituo um serviço publico, que o Estado exerce a titulo de poder publico; accrescentando o citado autor: nós não admittiriamos esta solução, por ser a manobra da represa, aos nossos olhos, um acto de gestão, apezar do fim de interesse geral do serviço e dos poderes de policia que podem aliás pertencer-lhe. Por outra parte, Michoud ainda declara, que a jurisprudencia belga recorre, de modo geral, as disposições do direito privado em numero maior de especies, do que a franceza; assim é, que ella applica esse direito:—com relação ao serviço dos caminhos de ferro (C. C. 27 maio 1852);—em materia de obras publicas (C. C. 15 janeiro 1888);—de correios (C. App. Gand 24 maio 1879,);—de damnos causados no serviço da manufactura de armas (C. App. Liège 16 junho 1887); —materias todas estas, cuja apreciação na França assenta em leis especiaes.—*Rèvue du droit public*, t. IV, p. 28.

a) Actos de policia e segurança publica. — A administração da segurança publica prende-se ás attribuições da soberania; por isto o Estado não responde pelos actos abusivos dos seus agentes a esse respeito. O art. 1384 não se applica a administração publica, quando se trata de acto politico ou de soberania (C. C 28 dezembro 1855).^{80.a}

b) Factos de guerra. — Quanto ás medidas de guerra, a jurisprudencia mais seguida é a da irresponsabilidade do Estado, sobretudo, tratando-se de perigo imminente. Mas, não obstante, tambem se tem decidido que o Estado deve indemnisar os danos causados, quando estes resultam de medidas, que são apenas tomadas na previsão de uma guerra (C. C. 12 março 1833; C. App. Bruxellas 14 agosto 1835).

c) Casos de desapropriação. — Verificada embora a *causa de utilidade publica*, a propriedade particular não pode ser desapropriada, senão, nos casos e maneira estabelecidos na lei, e mediante justa e previa indemnisação.⁸¹ Reputa-se tambem, como verdadeira desapropriação, o facto de privar uma pessoa de algum dos direitos reaes, como são os desmembramentos do direito de propriedade: o usufruto, o uso, a habitação, as servidões, a emphyteuse, a superficie, a antichrese, os privilegios, e as hypothecas. A indemnisação deve ser pecuniaria, previa e justa; salvo accôrdo em contrario, não é licito ao desapropriante compensar um terreno por um outro; a indemnisação deve ser paga em moeda. (C. App. Gand 10 janeiro 1885; C. App. Bruxellas 4 junho 1864; Trib. Verviers 20 outubro 1864).

— Antes de ser desapossado o proprietario, este deve ter recebido a importancia da indemnisação (C. App. Bruxellas 14 julho 1888); mas o facto de assim não se dar, em nada prejudica ao direito de

^{80.a} Vide: De Fooz, loc. cit., p. 345, nota.

⁸¹ Const. Belga, art. 11; Leis de 16 setembro 1807, de 8 março 1810, de 17 abril 1835, do 1º julho 1858, de 15 novembro 1867, de 27 maio 1870.

acção do proprietario para havel - a depois (C.C. 11 fevereiro 1886; C. App. Bruxellas 20 março 1868).

— A justa indemnisação comprehende, não só, o valor venal da propriedade, mas ainda, a reparação dos differentes prejuizos que resultam, immediata e directamente, da desapropriação, sem que se precise examinar si taes prejuizos foram, ou não, previstos pela desapropriação. (C. C. 16 outubro 1851; 7 fevereiro 1868; 22 junho 1871; 28 abril 1887).^{81.a}

— A indemnisação deve comprehender o equivalente da privação do gôso si, annunciado o processo da desapropriação, o desapropriado não poude mais tirar partido da sua propriedade,—não podendo mais alugal - a por exemplo. (C. App. Bruxellas 13 abril 1846; 22 junho 1865; 22 dezembro 1869; 8 março 1877; 22 março 1882; 3 dezembro 1884; C. App. Gand 29 dezembro 1883; C. C. 22 junho 1871).

— A indemnisação, para ser justa, deve comprehender, não só, o valor do terreno considerado isoladamente, mas tambem, a minoração de valor do restante (C. App. Bruxellas 27 fevereiro 1837; C. C. 10 janeiro 1838, e 12 janeiro 1844; C. App. Liège 11 dezembro 1855; Trib. Liège 19 junho 1847).

— O desapropriante não se pode propor a executar obras no terreno restante com o fim de restabelecer as antigas communicações e, desta sorte, evitar o prejuizo do desapropriado; deve, sim, pagar a este, a titulo de indemnisação, uma somma correspondente ás obras precisas, as quaeso desapropriado executará, ou não, segundo lhe convenha. (C. App. Bruxellas 5 abril 1871).

^{81.a} Vide: G. Beltjens, *La Const. Bélgé Révisée*, art. 11, onde se trata da materia, por assim dizer, exhaustivamente, á vista de numerosas decisões judiciais.—Cf. De Fooz, ob. cit., t. II, p. 611 sg.

Todas as regras, que vimos de mencionar, e outras disposições legais concernentes, são obrigatórias para o Estado, si fôr elle o desapropriante, assim como, para a provincia e a communa.

d) Obras publicas. — A responsabilidade civil da administração publica tem sido reconhecida, além de outros, nos seguintes casos:

1) Pelas roturas dos diques, de um canal do dominio do Estado, de que provieram danos ás propriedades vizinhas, sem que se provasse ser um caso fortuito ou de força maior. (C. App. Bruxellas 20 fevereiro 1856, e 19 janeiro 1880; C. C. 16 agosto 1879.)^{81.b}

2) Pelos actos de operarios e mais agentes executores de obras no leito e margens de rios do dominio publico, de que resultou dano aos proprietarios ribeirinhos. (C. App. Liège 13 junho 1846, etc.)

3) Por trabalhos executados na via publica que prejudicaram á uma propriedade particular. (C. App. Liège 31 janeiro 1835).

4) Pelos estragos resultantes da demolição de uma pedreira, que aliás ameaçava ruina. (Trib. Liège 20 janeiro 1855).

5) Pela mudança do curso natural das aguas, em consequencia de uma obra de utilidade publica, e de que proveio prejuizo aos proprietarios vizinhos. (C. C. 4 julho 1850).

6) Pelas obras necessarias á uma estrada publica, mas que tornaram inaccessiveis ou insalubres as casas vizinhas (Trib. Rennes 1834; Trib. Angers 28 janeiro 1835; C. App. Bruxellas 5 novembro 1844, e 9 julho 1845, etc.)

^{81.b} De Fooz, ob. cit., p. 346; G. Beltjens, *La Constitution Belge Révisée*, p. 428, etc.

7) Por terem as aguas de um rio, em consecuencia das obras feitas no leito do mesmo, refluído e causado damno (C. App. Liege 10 julho 1851).

8) Pela construcção de um dique que occasionou o desabamento de uma parte ou de toda a propriedade alheia. (C. App. Liege 28 fevereiro 1845, 12 junho 1846, e 11 junho 1847).

9) Pela construcção de um esgoto no subsolo de uma rua ter trazido prejuizo aos proprietarios lateraes da rua. E' indifferente a circumstancia de se tratar de obra de interesse geral (Trib. Bruxellas 25 março 1885).

— No que se refere, mais em particular, ás obras necessarias a viação publica, são de indicar as decisões que se seguem:

1) Não ha obrigação de indemnisar, quando as modificações alteram, mas não supprimem, nem a circulação, nem as facilidades existentes (Trib. Liège 24 janeiro 1889; C. App. Bruxellas 5 agosto 1884; Trib. Charleroi 6 março 1886; Trib. Bruxellas 21 de maio de 1887).

2) Mas tem logar a indemnisação si, suprimido um caminho vicinal, se aggravam por isto os encargos da cultura da propriedade interessada (C. App. Bruxellas 23 fevereiro 1880). A mesma decisão, quando a propriedade fôr dividida em duas partes separadas por vias férreas.

3) Quando as modificações feitas no perfil transversal de uma rua prejudicam directamente á passagem que conduz ás casas da rua, o Estado não pode fugir á responsabilidade do prejuizo, ainda que não haja tocado materialmente a propriedade alheia (Trib. Bruxellas 20 fevereiro, e 25 março 1885).

4) O Estado ou a Communa respondem pelo damno causado por obras, que levantam o solo, aos individuos, que, devidamente

autorizados, edificaram ao longo da respectiva rua ou estrada (C. App. Bruxellas 9 agosto 1870, 3 e 6 julho 1874, 27 julho 1878, 22 dezembro 1882, 5 agosto 1884, e 29 junho 1889; C. App. Liège 15 junho 1846; C. App. Gand 18 junho 1881; C. C. 1 dezembro 1881, etc). A mesma doutrina, quando os danos provierem do abaixamento do solo (Trib. Bruxellas 6 maio 1885, e 12 junho 1886).

5) Quando uma via ferrea corta uma avenida, ha lugar a indemnisação, pelos inconvenientes da interrupção na passagem dos comboios, e pelas precauções incommodas que o novo estado de cousas occasiona (C. App. Gand 23 junho 1853; C. App. Bruxellas 13 agosto 1855).

6) O proprietario ao longo de uma via publica tem direito á indemnisação, quando, pela alteração do nivel da mesma, o acesso á sua casa se torna impossivel ou mais difficil (Trib. Bruxellas 26 dezembro 1846; C. C. 7 janeiro 1845).

7) O proprietario, que, por se conformar com o alinhamento da viação urbana, tem de abandonar parte da sua propriedade, tem direito á indemnisação (Trib. Bruxellas 5 março 1855; C. App. Bruxellas 18 junho 1857; C. C. 10 fevereiro 1865).

8) Não ha lugar a indemnisação, quando, por necessidade da segurança publica, a administração sujeita as casas de uma rua a deixar fixar sobre ellas fios telephonicos das repartições publicas, caixas de aviso de incendio, e cousas semelhantes (C. C. 2 fevereiro 1880, e 29 novembro 1883; C. App. Bruxellas 9 agosto e 11 dezembro 1882).

71.—ACTOS ILLICITOS EM GERAL. — Dá-se na jurisprudencia belga o mesmo, que já verificámos na jurisprudencia francesa, isto é, o emprego de criterios differentes na apreciação dos respectivos casos, segundo se trata de actos contractuaes ou de actos extracontractuaes.

I. Provenientes de relações contractuales. — Em materia de contracto a regra é: o funcionario, que o celebra em nome do Estado, provincia ou communa, não contrahe obrigação pessoal; esta pertence toda ao Estado, provincia ou Communa (C. C. 11 dezembro 1816).⁸²

— Uma concessão de natureza gratuita não é, todavia, considerada, como contracto. E' essencialmente precaria: poderá ser opposta aos particulares, sem duvida; mas não, aos representantes da autoridade publica. Consequentemente, não cabe indemnização aos ribeirinhos pela suppressão do curso d'agua, não navegavel (*non navigable, inflotable*) em certos trechos da corrente; muito embora percam elles com isso as suas construcções e outras vantagens existentes. A duração da posse no caso não lhes dá melhor direito (Trib. Bruxellas 12 agosto 1873; C. App. Bruxellas 14 fevereiro 1871, 29 maio 1873, e 5 março 1874; C. App. Liège 2 março 1876).

II. Provenientes de relações extracontractuales.—Quanto aos actos lesivos extracontractuales, se tem reconhecido a obrigação de responder civilmente, além de vários outros, nos seguintes casos:

a) Pela falta da devida conservação das obras dos rios canalizados para o fim da navegação, nas condições exigidas para que os barcos possam ahi circular sem perigo (C. App. Liège 15 fevereiro 1883).

b) Por se ter deixado ao fundo de um canal *navegavel*, pertencente ao dominio publico, uma *estaca*, susceptivel de occasionar o naufragio de navios (C. C. 25 maio 1882).

⁸² De época, em que na Belgica se admittia a jurisdicção contenciosa administrativa, se costuma citar uma decisão do Conselho de Estado declarando, que, si o funcionario exceder o seu mandato ou agir fóra de seus poderes, a obrigação, embora proveniente de contracto, deve recair sobre o mesmo *pessoalmente*, conforme ao art. 1998 do cod. civil (C. E. 4 agosto 1819). Não é, porém, esta a doutrina hoje corrente.

c) Pelas faltas commettidas no serviço de transporte das pessoas e mercadorias pelas vias férreas do Estado, sendo applicavel ao mesmo, como committente, o art. 1384 do cod. Civil (C. App. Liège 8 março 1849; C. App. Bruxellas 6 março 1850; C. App. Gand 30 maio 1851). — Dá-se no caso um verdadeiro contracto (C. C. 27 maio 1852, e 7 maio 1869).

d) Pelo facto de um director de estabelecimento publico ter prohibido arbitrariamente a entrada de um individuo no estabelecimento sob a sua direcção, e haver escripto nos registros uma ordem do dia ultrajante contra o mesmo (C. App. Bruxellas 23 maio 1876.)⁸³

e) Pelo accidente prejudicial a terceiros, resultante de um *ascensor* ou *guindaste*, pertencente á administração publica, que o explorava e o tinha sob a sua guarda, mas que, por negligencia, deixára - o funcccionar em condições perigosas (C. App. Bruxellas 1 dezembro 1881).

71 a. — Não ha mister proseguirmos na citação de outros casos analogos. Apenas converia talvez lembrar que, como regra geral de jurisprudencia, — o Estado, a provincia e a communa não se podem subtrahir á appiicação do direito commum, isto é, do art. 1384 do cod. civil, todas as vezes que agem, como pessoa juridica individual, e que, como taes, praticam actos de proprietario, industrial, commerciante, ou fazem actos da vida civil. (C. App. Bruxellas 20 fevereiro 1856, etc. etc.)^{83.a}

⁸³ A especie fora esta: O director da escola de pyrotechnica prohibira a *Clerbois* a entrada no estabelecimento, e escrevera nos registros deste uma ordem do dia injuriosa contra Clerbois. Este propoz a sua acção em juizo, e a Côte de Appellação de Bruxellas condemnou o Estado a pagar 500 frs. de indemnisação.

^{83.a} E' desnecessario advertir, que não esteve no nosso intuito *resenhar* os differentes casos e decisões, em que o Estado é sabidamente obrigado a responder pelas culpas dos funcionarios, commettidas nos actos frequentes e ordinarios, em que o Estado apparece, como proprietario, contractante, credor, devedor, industrial ou constructor; mas, apenas indicar um certo numero de especies e decisões, nas quaes o Estado fora

Tambem para melhor illustração da doutrina, cumpre igualmente accrescentar, que o Estado ou a administração publica tem sido declarados *irresponsaveis* pelos damnos resultantes dos seguintes casos:

a) Pela baixa das aguas de um canal sob a fiscalisação da autoridade publica,—prejudicial á irrigação e á navegação; muito embora o facto se desse por culpa dos respectivos agentes. Se disse, que o art. 1384 era completamente estranho á especie, desde que não se tratava de actos da vida civil, mas de factos da alta administração (C. C. 28 dezembro 1855).

b) Pela negligencia ou falta de cuidado do guarda da represa (*éclusier*) de um porto, considerado este, como dependencia do dominio publico (C. C. 9 dezembro 1880; Hic, *nota* 80).

c) Por actos vexatorios ou abusivos de um burgomestre, feitos fóra das suas attribuições; considerando-se, que em taes casos a responsabilidade fora toda pessoal deste, conforme ao art. 1382 do cod. civil (T. Bruxellas 8 agosto 1850; C. App. Bruxellas 26 dezembro 1882.)^{83.b}

d) Por actos illegaes ou arbitrarios dos prepostos do serviço aduaneiro (C. App. Bruxellas 10 fevereiro 1841, 24 dezembro 1842, 16 janeiro e 23 dezembro 1843), considerando-se applicaveis as mesmas razões, segundo as quaes o Estado não responde, em geral, pelos damnos

declarado responsavel pelo damno proveniente da negligencia ou culpa dos funcionarios, e sem nos preocuparmos de saber, si o Estado na occasião era pessoa civil ou pessoa *politica*.

^{83.b} Vide: Hic, p. 387.—Em resumo, diz A. Giron, o Estado, a provincia, e a communa não são juridicamente obrigados a reparar os damnos resultantes dos abusos de autoridade, das fraudes, omissões ou negligencias, das quaes se tornem culpados os seus agentes, no desempenho de uma *função politica* ou *administrativa*—Loc. cit., n. 232. No entanto, cumpre observar, que muito poucos e limitadissimos foram os casos, nos quaes o citado autor se apoiara para afirmar tamanha conclusão...alias, não comprovada pelos exemplos da pratica.

causados por tropas ou soldados às propriedades privadas: “ *Attendu que le gouvernement n’est pas le maître, dans le sens de l’article 1384 du code civil, des militaires appelés au service de l’Etat; qu’il n’est pas davantage leur commettant, et que les militaires ne sont pas des préposés...*” (C. App. Bruxellas 23 dezembro 1843; C. C. 24 abril 1840).^{83.c}

e) Finalmente, é também princípio geral consagrado: o *damno, puramente possível, eventual ou futuro*, não basta para servir de base á uma acção judicial; é preciso haver um interesse legítimo ou um direito actual, effectivamente lesado (Trib. Liège 17 fevereiro 1844, e 28 março 1846; C. App. Liège 13 agosto 1855; Trib. Gand 24 dezembro 1856; C. App. Gand 13 junho 1856, etc.)

71 b. — Embora relativamente poucos os casos e decisões, que vimos de mencionar, elles deixam vêr claramente, quaes as regras principaes, que a jurisprudencia belga se tem proposto guardar na materia da responsabilidade civil do Estado.

Affirmando, antes de tudo, e do mesmo modo que o faz a jurisprudencia franceza, — que ao Estado - poder publico não se póde imputar a responsabilidade consagrada nos arts. 1382 - 1384 do cod. civil (C. C. 12 janeiro 1893), aquella não podia, por isto mesmo, deixar de se mostrar, como esta, *varia e incerta* no exame e decisão particular de mnitos casos...

E’ um defeito inevitavel, ou melhor dizendo, inteiramente consequente; desde que dita jurisprudencia procura assentar os seus *considerandos* na theoria *insuficiente* da “distincção dos actos” do Estado, quando de preferencia deveria fazel-o no principio da justiça, que não

^{83.c} Vide: Bonasi, ob. cit., p. 454; Mantellini, ob. cit., p. 169.

— Quanto ás servidões militares, a lei de 2 de abril de 1873 manda indemnizar os immoveis, que forem gravados pelas mesmas.

muda, mas subsiste igual para todos, que della precisam na defesa ou reparação dos proprios direitos.

CAPITULO III

A Jurisprudencia Alleman

§ 1º INDICAÇÕES PRELIMINARES

72. — Antes de constituido o actual “Imperio Federal da Allemanha” em 1871 já existia nos Estados, que então formavam a Federação da Allemanha do Norte (*Norddeutscher Bund*), duas jurisdições distintas para conhecer e decidir das questões originadas dos serviços publicos: a dos tribunaes judiciarios, e a das auctoridades administrativas. E ainda que não houvesse tribunaes administrativos, propriamente ditos, on devidamente organisados, a esphera de competencia do poder administrativo sobre as questões alludidas era, no entender de Laferrière, muito mais lata, do que a do poder judiciario.⁸⁴

Hoje, ao lado das autoridades administrativas, varios dos Estados federados já possuem tribunaes de igual natureza, na accepção propria deste vocábulo. E tomando, para exemplo da materia, a organização existente na Prussia, vemos que ella consta do seguinte: 1) Juntas de Circulo (*Kreisausschuss*), as quaes, em certos casos, são substituídas pelas Juntas urbanas (*Stadtausschuss*); 2) Juntas de Districto (*Bezirksausschuss*), que conhecem por via de recurso dos actos das primeiras; 3) Tribunal Administrativo Superior com sede em Berlin (*Oberver - waltungsgericht*), o qual conhece dos negocios contenciosos, já por via originaria e em unica instancia, já por via de recurso, já finalmente, como Côrte de Cassação, nos casos marcados em lei.^{84.a}

⁸⁴ Laferrière, ob. cit., t. I, p. 37 sg.

^{84.a} Sem o intuito de entrar em detalhes acerca da organização dos tribunaes administrativos da Prussia, que, como se sabe, é o Estado principal da Federação Alleman, sobreleva, todavia, dar breves informações a esse respeito.

72 a — Os conflictos levantados, entre as autoridades ou tribunaes administrativos e os tribunaes judiciarios, são decididos por tribunaes espeziaes, organisados segundo as prescrições da lei federal.^{81.b} Na apreciação, porém, dos casos sujeitos pretendem alguns

A' testa da administração de cada Circulo ha um conselheiro provincial (*Landrath*) de nomeação do rei, e que é o presidente da Junta. Esta se compõe de seis membros, eleitos pela Assembléa do Circulo. — A *Junta urbana* se compõe do burgomestre ou do seu substituto legal, como presidente, e de quatro membros, que a Municipalidade elege de seu proprio seio. Ha ainda disposições da lei regulando, de modo particular, certos circulos ruraes, e bem assim o da cidade de Berlin, etc. etc.

A' testa da administração do Districto ha um presidente do governo (*Regierungspraesident*) nomeado pelo rei, o qual preside a *Junta do Districto*. Esta se compõe de seis membros, dous tambem de nomeação do rei (um destes serve de vice-presidente), e os outros quatro, eleitos na forma e condições marcadas na lei.

As Juntas de *Circulo* e de *Districto* desempenham funcções de simples, caracter administrativo, conjuntamente com as de jurisdição contenciosa, proferindo, portanto, em uns casos,—despachos ordinarios (*Beschlüsse*), e em outros, decisões com forca de verdadeiras sentenças (*Entscheidungen*).

Como legislação especial sobre a materia, é de ver: leis de 13 dezembro 1872, de 29 junho e 3 julho 1875, de 26 julho 1876, de 26 julho e 2 agosto 1880, de 19 e 22 março 1881, de 30 julho e 1º agosto 1883, e de 27 abril 1885, etc. E' considerada, como consolidação das anteriores, a lei de 30 julho de 1883 (*Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung*), e como complementar, em materia de competencia, a do 1º agosto do mesmo anno (*Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs und Verwaltungsgerichtsbehörden*).

— Quanto á organização judiciaria da Prússia, a lei de 4 março 1878 creou os tribunaes superiores do Reino (*Oberlandesgerichte e Landgerichte*) de accordo com a organização geral da justiça, estabelecida para os Estados do Imperio pela lei de 27 janeiro 1877, e logo depois, fora tambem promulgada a lei organica de toda justiça estadual (lei de 24 de abril do mesmo anno—*Ausführungsgesetz zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetz*), e bera assim, o decreto de 26 julho (1878), regulando os tribunaes cantonaes (*Amstsgerichte*). Nos termos da lei de 24 de abril citada, aos tribunaes regionaes (*Landgerichte*) compete exclusivamente o conhecimento de todos os litigios propostos contra o Thesouro, ou contra os funcionarios por motivo de actos dos respectivos cargos (art. 39).—O disposto neste artigo está de inteira harmonia com a lei federal da organização judiciaria (*das Gerichtsverfassungsgesetz* de 27 janeiro 1877), a qual dispõe desta forma: "Os tribunaes ordinarios conhecem de todas as materias contenciosas, civis e criminaes, que nao sejam da competencia das auctoridades ou tribunaes administrativos, ou de tribunaes espeziaes, instituidos por lei federal (art. 13). "Compete exclusivamente aos Tribunaes Regionaes (*Landgerichte*), sem attenção ao valor da demanda: a) as acções contra o Fisco Federal, seja em virtude da lei do 1 de junho de 1870 relativa aos direitos de transporte por agua (*Flösserei*), seja em virtude da lei de 31 de março de 1873 relativa aos direitos e deveres dos funcionarios do Imperio; b) as acções contra os referidos funcionarios por excesso de poder, ou negligencia no cumprimento de seus deveres. A legislação particular dos Estados póde sujeitar ao conhecimento dos Tribunaes Regionaes: as acções dos funcionarios estadoaes contra o Estado por motivo de seus empregos; as acções contra o Estado, relativas—às medidas ordenadas por auctoridades administrativas,—às culpas dos funcionarios estadoaes,—á suppressão de privilegios,—e às contribuições publicas " (art. 70).

^{81.b} Lei de *organização judiciaria* de 27 de janeiro de 1877 (art. 17) o Lei de introdução da mesma data (art. 17).

autores, que, antes de tudo, cumpre attender para a natureza dos actos, de que se tratar. “Si são actos do Estado, *propriamente tal*, a via de direito (*der Rechtsweg*) se deve considerar *fechada*, tanto para os tribunaes judiciarios, como para os tribunaes administrativos; porque o acto praticado pelo *poder publico*, *no seu exercicio proprio*, não é susceptivel de invalidação, nem tão pouco, poderá dar logar á indemnisação do damno, que porventura tenha causado. Consequentemente, accrescenta-se , as decisões do Chefe de Estado, dos ministros e outros representantes da alta administração central, desde que não tenham unicamente por objecto contractos celebrados com o Estado ou a gestão dos interesses economicos e financeiros do mesmo,— em resumo, todas as decisões, onde appareça, em um gráo qualquer, a delegação do poder publico ou o direito de mandar (*le droit de commandement*) escapam, não só, á competencia judiciaria, mas tambem á propria jurisdicção contenciosa administrativa. A via de direito não se abre contra o Estado - *poder publico*; porquanto, insiste-se ainda, este não deve discutir com os seus subordinados sobre os seus direitos *eminentes*, nem sobre as consequencias dos mesmos direitos...”^{84.c} Puro regalismo!

Não é, todavia, com este rigor, isto é, sob a égide da irresponsabilidade, que os factos se passam no dominio da jurisprudencia, mesmo quando praticados pelo *Estado - poder publico*, como em seguida teremos ensejo de verificar.

72 b. — A competencia dos tribunaes judiciarios é, em these, facil de estabelecer: a esphera da administração, á diser, do direito publico, lhes é inaccessible; a que lhes é propria, é a das contendas de direito civil, em outros termos, quando se disputar “uma *pretenção*

^{84.c} Von Rönne, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, t. III (Berlin, 1883); ap. Laferrière, loc. cit., p. 38-39.

resultante das relações do direito civil".^{84.d} Mas, como bem observa Otto Mayer, a dificuldade está justamente em saber,—quando se dão relações exclusivas de direito publico, e quando se dão relações exclusivas de direito civil; porque não se trata simplesmente de aplicar textos de lei, mas de bem comprehender a propria natureza da relação juridica...^{84.e}

Não é, porém, o nosso intuito occupar - nos das differentes razões, umas historicas, outras de direito vigente, a que cumpre attender na solução desta questão. Apenas ajuntaremos aqui: que, segundo a jurisprudencia do Tribunal Federal do Imperio, sempre que se suscitarem questões de direito pecuniario, ainda mesmo, si para a sua decisão fôr mister recorrer ás regras do direito publico, os tribunaes ordinarios serão considerados competentes. (R. G. 2 fevereiro 1884).^{84.f}

73. — Com relação aos funcionarios, as leis particulares e a jurisprudencia dos Estados sempre os declararam pessoalmente responsaveis por todo acto ou omissão illegal, erro, negligencia, ou excesso de poder no desempenho dos cargos; e, além das penas criminaes ou disciplinares, em que podessem incorrer, seriam igualmente obrigados á satisfação do damno causado a terceiros ou ao Fisco, segundo as circumstancias do caso. A allegação de ter agido em virtude de ordem superior não excusava o funcionario, desde que o seu acto fosse contrario a lei.⁸⁵ Presentemente, porém, a materia se acha regulada por disposição expressa do codigo civil allemão:

Le fonctionnaire qui, intentionnellement ou par négligence, viole le devoir professionnel lui incombant vis - à - vis d'un tiers, doit ré - sparer eavers celui - ci le dommage causé. Si le fonctionnaire n'est coupable que de négligence, il ne peut

^{84.d} Otto Mayer, *Le Droit Administratif Allemand*, t. 1, § 16, p. 276.—Paris, 1908.

^{84.e} Loc. cit., p. 277. O autor citado estuda a questão da competencia de modo satisfactorio; por isso, para elle remettemos o leitor, que queira, obter maiores esclarecimentos sobre a mesma questão.

^{84.f} Otto Mayer, loc. cit., p. 281, nota. A sigla—R.G. significa "*Reichsgericht*".

⁸⁵ Zorn, *Das Staatsrecht*, t. I, p. 326-327. Cf. P. Laband, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, t. II, § 44 sg, signanter, § 48; Otto Mayer, ob. cit., t. I, § 17.

être pris à partie que lorsque le lésé ne peut obtenir réparation d'une autre manière. Si dans la decision d'un procès, un fonctionnaire viole son devoir professionnel, il n'est responsable du dommage cause que si la violation du devoir est passible d'une peine publique par voie de procédure criminelle. Cette disposition ne s'applique pas au refus ou au retard illegal de remplir l'office. L'obligation de réparer le dommage n'a pas lieu lorsque, intentionnellement ou par négligence, le lésé a omis d'écarter le dommage par une voie legale (art. 839).^{85.a}

Na aplicação pratica desta disposição é de advertir, a legislação particular dos Estados poderá fazer-lhe modificações, tornando mesmo o recebimento da acção judiciaria contra o funcionario,— dependente de decisão preliminar, proferida pelo Tribunal Administrativo Superior do Estado (onde o haja), ou pelo Tribunal Federal do Imperio. Esta *decisão preliminar* diz se, tem por fim evitar que o funcionario responda por perdas e danos, em razão de actos que a Administração, talvez, reconheça legitimos e necessarios...^{85.b} Mas dependente, ou não, de decisão preliminar, afirma Windscheid, a acção de indemnisação é garantida aos individuos contra os funcionarios (inclusive os juizes, mesmo no caso de sentenças) pelos danos, que lhes tenham causado por dolo ou grave negligencia (Arglist oder grobe Nachlässigkeit); e no exame do caso sujeito os tribunales, ao contrario do que succede na França, podem interpretar as regras do direito administrativo para o fim de fazer dellas a applicação conveniente.^{85.c}

“Muito debatida, porém, accrescenta o mesmo autor, tem sido a questão de saber si, juntamente com o funcionario, deve tambem responder o Estado, que o nomeara...”⁸⁶

^{85.a} Vide: Cod. Civ. Allemand, trad. par O. de Meulenaere.—Paris,. 1897.

^{85.b} Loening, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, pag. 785. Cf. Otto Mayer, ob. cit., 1.1, § 17; Lei d'Introdução ao Cod. Civil cit., arts. 11, e 77-81.

^{85.c} Windscheid, ob. cit., § 470.

⁸⁶ Loc. cit. Em nota ao texto Windscheid cita: Pfeifer, Zachariae, e Stobbe, como sustentadores da responsabilidade do Estado,—e Loening, como contrario á mesma;

74. — Na Allemanha, quando se encara o Estado nas suas relações de natureza civil, dá-se -lhe , como se sabe, o nome de Fisco; e fora precisamente sob esta denominação, que o moderno Codigo Civil Allemão o considerou pessoa juridica (art. 89), declarando ser-lhe applicavel, por analogia, a disposição do seu art. 31, que resa assim: — “A associação é responsavel pelo damno, que a directoria, ou um de seus membros, ou qualquer outro representante nomeado de accordo com os estatutos, possa causar a um terceiro no exercicio de suas funções, por acto illicito que obrigue á reparação” (*Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes, oder ein anderer verfassungsmässig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt*).

Dos termos da disposição transcripta parece indiscutivel o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado pelos actos illicitos de seus órgãos ou funcionarios. Mas não devemos omitir que, segundo pretendesse, semelhante responsabilidade se restringe tão somente aos actos, em que o Estado apparece como Fisco, tomado este vocabulo na significação limitada, que acima se lhe deu. Quanto aos demais actos, isto é, os que são praticados pelos representantes do Estado no exercicio da sua auctoridade politica ou soberana,—sustentasse em contrario, que o Estado é irresponsavel pelos danos resultantes dos mesmos...^{86.a}

confessando, entretanto, não se poder negar, que a tendencia da pratica preponderante é pela responsabilidade do Estado, seja *primaria*, seja apenas *subsidiaria*...

^{86.a} Hic, ns. 45, 46 e 72.—Referindo-se á materia da responsabilidade proveniente dos actos illicitos, praticados pelos representantes da pessoa juridica, disse Windscheid: “A capacidade de agir, artificialmente attribuida á pessoa juridica, estende-se aos delictos ? Queremos dizer, um delicto commettido por um representante da pessoa juridica, nesta *sua qualidade e dentro das faculdades da sua representação*, se considera delicto da pessoa juridica, de modo que as consequencias delle recaiam sobre a pessoa juridica? Esta questão deve ser respondida de modo negativo, no que se refere á penalidade: repugna á natureza da pena, que ella seja applicada a outrem, que não o delinquente. Não se dá porém o mesmo com o dever de, reparação do damno resultante do delicto. E quando se considera que a pessoa juridica, *só por mão de seus representantes, tem a*

De facto, a linguagem de varios autores e, mesmo, a de alguns arestos se mostram insistentes na necessidade de fazer esta restricção em favor da administração publica, o que aliás, não deixa de ter a sua explicação, assaz conhecida.

74 a. — Moldada nas velhas tradições do direito romano, que continuou sabidamente a ser o *direito commum vigente* nos diversos Estados da Allemanha, a doutrina juridica, mais geralmente acceita, sobre os danos causados aos individuos pelo Estado, foi por muito tempo a de que elle só devia ter a obrigação de indemnizar - os, quando os mesmos resultassem das relações patrimoniaes do Estado; muito embora seja igualmente certo, que semelhante doutrina, na pratica, nunca chegou a dominar de maneira exclusiva, por se mostrar repugnante aos olhos da propria justiça.^{86.b}

possibilidade de agir em busca dos seus fins, não se poderá deixar de achar justo, que ella tome sobre si as consequencias prejudiciaes dos actos da sua representação, do mesmo modo, que recolhe as vantagens resultantes dessa representação. Outra questão, é a de saber si esta obrigação de justiça é reconhecida polo direito commum. Pelo que respeita ao direito romano, a questão não pode ser affirmada; ella tem, todavia, os exemplos preponderantes da pratica em seu favor. Quanto á personalidade do Fisco, accrescenta o autor, lhe é, em todo o caso, reconhecida a capacidade de querer...e por isto a sua responsabilidade deve ser admittida pelas culpas dos seus representantes (Trib. Sup. de Berlin, 27 setembro 1859) ".—Pandekten, t. I, § 59.

— Sobre o mesmo proposito tambem observara Sintenis: o limite da responsabilidade pelos actos illicitos dos representantes é restricto á esphera de acção, que o direito prescreve á pessoa juridica representada.—"*Universitas delinquere potest; attamen tantum eh crimina ipsi qua tali imputari possunt qua: ad negotia pertinent cum fine suo perpetuo cohaerentia*".—Diss. § 16.

— Ainda quanto a questão particular de saber si, no direito allemão, a conectividade (*associação*) deve, ou não, responder pelas consequencias do *delicto*, é tambem de vêr: Gierke, ob. cit., p. 743 sg. Este ultimo autor pensa que, conforme o direito allemão, é licito sustentar a affirmativa ápezar dos esforços dos romanistas em contrario, e que as proprias decisões, que negam essa responsabilidade, a admittem no caso de culpa na nomeação, ou no caso de *commissão especial* do representante da conectividade.—Ob. cit., p. 747-754 sg.

^{86.b} O professor Otto Mayer, tratando da obrigação de indemnizar os danos dos funcionarios por parte do Estado, faz um resumo da doutrina preponderante em vista do direito e da jurisprudencia, exprimindo-se da maneira seguinte: A lesão feita ao individuo deve ser indemnizada por quem a causou. Isto não assenta sobre as regras do direito civil, que regem a obrigação resultante de um damno illegal (*rechtwidrige Schädigung*), porque a indemnisação tem logar, mesmo sem dar-se um delicto do representante ou serventuario do Estado, a dizer, quando o damno é cansado por acto de indiscutivel legalidade...O pensamento fundamental (*der Grundgedanke*), sobre o qual

assenta essa indemnisação, é inteiramente independente, e pertence á esphera do direito publico:—"a lesão patrimonial (*der Vermögensnachteil*)" é compensada por causa da injustiça, que ella acarreta ao lesado...

Bem entendido, o autor trata da lesão, considerada como um sacrificio particular (*als ein besonderes Opfer*), que fere a um individuo sem outra compensação especial, impondo-lhe desigualmente um encargo, que não recae sobre os demais individuos;—para, deste modo, excluir todos os encargos publicos geraes, taes como, impostos, taxas e outras prestações, ou mesmo, certos constrangimentos pessoaes, como sejam as penalidades, e as restricções policiaes de toda especie.

Dando compensação do prejuizo feito, mediante uma somma equivalente em dinheiro, o Estado faz cessar a injustiça; e como elle tira esse dinheiro da caixa commum, o damno reparte-se por todos os seus contribuintes, ou em outros termos, a indemnisação é a forma de tornar igual, um encargo desigual (*die Form um eine ungleiche Belastung in eine gleiche zu verwandeln*). Encarada sob este aspecto, a indemnisação deve ser tida, como de direito publico. Mas não basta fundal-a na idéa da justiça, como se tem feito; é preciso convertel-a em disposições geraes do direito (*zu Rechtssatzengestaltet werden*). Sem duvida, já não são poucas as leis especiaes (*Sondergesetzen*) sobre a indemnisação de direito publico (*uber öffentlichrechtliche Entschädigung*), taes como, as de desapropriações, de servidões reaes impostas, e outras: isso, porém, não satisfaz ás exigências do instituto juridico; cumpre fazel-o por uma regra geral, assaz comprehensiva dos diversos casos. Na falta desta, é certo, a theoria e a pratica tem procedido, como si a mesma existisse, baseando apoio nesta ou naquella disposição do direito civil ou do direito publico. Pondo de parte a questão,—em virtude de que? (*woher?*), contentam-se de asseverar, que o Estado deve, no caso, uma indemnisação "segundo os principios funda-mentaes do direito", ou "segundo os principios incontestaveis do direito..." — O principio, que o Estado deve indemnisação pelos sacrificios particulares, que impõe, é direito antigo, tendo sido recebido na consciencia juridica e na pratica do direito, desde que o Estado começou a agir mais vivamente e a exigir taes sacrificios com maior frequencia. O direito romano não offerecia exemplo da especie; mas, não obstante, formou-se um direito usual allemão,—a principio para os casos mais graves, como no uso do jus eminens, e, pouco a pouco, o mesmo se generalisou para os casos diversos...A fôrma, em que a lesão se mostra (o autor falla da lesão proveniente de relações do direito publico), é indifferente; assim como não é também essencial distinguir,—si o acto lesivo fora, ou não, conforme ao direito,—si fôra resultante da vontade, ou apenas casual,—ou si, justamente, devera ter sido evitado. Basta que, pela relação de causalidade (*Kausalzusammenhang*) a lesão tenha resultado do serviço publico (*aus dem Staatlichen Unternehm*). E' desnecessario dizer, que, era vez do Estado, tambem pode ser obrigado a indemnisação qualquer outro sujeito da administração publica, desde que seja um corpo Independente, e bem assim, aquelle que, como concessionário, exerça uma parte da administração publica (*Stücke öffentlicher Verwaltung*): o responsavel é aquelle, a quem pertence o serviço, que occasionou o damno...

O acto lesivo, para ser indemnizavel, presuppõe que ello affectara uma cousa ou um direito, adquirido, proprio do individuo, taes como os seus bens materiaes (*Sachgüter*), a sua integridade corporal, a sua liberdade pessoal, on outros direitos, prestações, privilegios, concessões, que lhe pertençam effectiva e individualmente (*ein Opfer kann nur bringen, ver etwas hat*).

— O autor trata tambem dos elementos da avaliação do damno, assim como do direito de acção, declarando que esta é um direito subjectivo do lesado; e passando a referir-se aos limites postos ao uso desse direito, prosegue: "A lei póde excluir dado caso de indemnisação, desde que assim o declare nas suas disposições; ainda que pareça, que os individuos, que ella attinge, soffrem com isso um encargo desigual. O que, alias, não destróe o principio estabelecido, de que os encargos legaes (*Belastung durch Rechtssatz*) devem, deste ou daquelle modo, manter a igualdade.

" Quanto á obrigação de indemnizar, quando o Estado age nas relações de ordem patrimonial, elle deve responder, como qualquer outro sujeito, segundo as regras do direito civil; mas não é desta especie de responsabilidade, que ora se trata, e sim daquella, em que o Estado incorre fora do terreno desse direito." São numerosas as tentativas, feitas em todos os tempos, para fundamentar a responsabilidade do Estado, dada a ilegalidade (*die Rechtswidrikeit*) de um acto do mesmo (o autor cita algumas das theorias recommendadas); se tendo aventado construcções maravilhosas para darem um tecido juridico á essa obrigação, e servirem de ponte ao abysmo, que ha, entro a idéa—Estado e a ilegalidade.

" Mas, por outro lado, as cortes jamais cessaram de declarar o Estado responsavel, em geral, pelos delictos dos seus funcçionarios, invocando para os casos os principios do direito civil, mesmo quando se tratava de actos da administração publica e do exercicio de direitos soberanos. E examinando-se mais de perto, se verifica que quasi sempre as cortes procederam realmente com justiça, embora presas de equivoco, fazendo applicação das regras do delicio ex-vi do direito privado, ao conhecerem de indemnisações de direito publico...A impressão, que se tem, é,—que não ha um principio firmado (*kein festes Princip*) sobre a responsabilidade do Estado, resultante do acto illegal do funcçionario; por isto precisamos ser claro a esse respeito:

a) Em regra, é indifferente (*gleichgültig*) a demonstração da ilegalidade no caso de indemnisação de direito publico; esta tem lugar, desde que se imponha um sacrificio ao particular sob qualquer forma de direito. Ella tambem seda, quando o sacrificio resulta da actividade da administração publica, involuntariamente, sem distinguir, si houve ou não, uma ilegalidade.

b) Nas circumstancias, a existencia da ilegalidade póde, entretanto, excluir a indemnisação, nina vez que esta só é devida pelo damno causado ao individuo pela administração. Si a ilegalidade do funcçionario é de tal ordem, que não envolve uma falta da administração (*Fehlgehen*), mas um abuso da oportunidade (*einen Missbrauch der Gelegenheit*), que o cargo proporciona,—a responsabilidade caberá toda ao funcçionario somente. — c) Casos ha, em que a ilegalidade e juntamente a culpa se tornam condição da indemnisação de direito publico, por exemplo: quando navios se abalroam,—quando carretas da artilharia passam sobre um individuo,—ou quando se dá um desastre em obras da viação publica, é preciso averiguar quem se devia afastar e prestar atenção. Quem agiu illegalmente, é que causou o damno; e da causalidade depende a obrigação de indemnisação de direito publico. Além disto, só haverá um sacrificio, resultante de damno feito pela administração, si este fôr injusto (*ungerecht*) e não, quando succeder ao interessado o que lhe devia succeder.—Taes são os casos de detenções, ou mesmo de offensa corporal no intuito de obstar a perpetração de delictos, a confiscação de contrabandos, a destruição de géneros alimenticios falsificados, e a demolição de construcções, que prejudicam a viação publica. Si a medida, porém, não devia ter lugar, déra-se uma ilegalidade, e a indemnisação é devida: não, porque houvesse uma falta do funcçionario, pela qual o Estado responde...mas porque a ilegalidade objectiva deixa ver no damno nm sacrificio injusto e particular (*sondern wegen der objectiven Rechtswidrigkeit, welche die Schädigung, als eine ungerechte, ais ein besonderes Opfer, erscheinen lässt*)".

— Entre os damnos, que não dão direito á indemnisação, estão, no entender de Otto Mayer, os da justiça e da guerra (*die Justizschäden und die Kriegsschäden*). Quanto a não indemnisação dos primeiros, diz, que é o direito vigente, ainda que haja um certo optimismo no modo de considerar as cortes de justiça, a dizer, como si ellas fossem impeccaveis. Quanto aos damnos da guerra, só são de considerar taes, os que as tropas occasionam no campo da luta ou nas suas dependencias immediatas. Não se trata de sacrificio exigido pelo serviço publico, mas de caso de força maior (*Naturgewalt*).—Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, §§ 53-54.

Não querendo fallar, senão, dos factos mais recentes, ninguém ignora que, por occasião dos trabalhos do projecto do Cod. Civ. Allemão, se manifestou no Congresso Legislativo uma forte corrente de opinião no sentido de incluir em artigo expresso do código o principio da responsabilidade civil do Estado, quer considerado como Fisco, quer na sua qualidade de poder publico ou soberano. Quando na segunda leitura do projecto foi adoptado pela commissão o dispositivo, que declarara a pessoa juridica (a associação) responsavel do damno causado pela sua directoria ou outro representante della, foi na mesma occasião apresentada uma emenda, segundo a qual, as pessoas do direito publico, notadamente o Estado e as communas, ficavam igualmente sujeitas á identica responsabilidade, — mesmo, quando o seu funcionario ou representante se achasse revestido das funcções de poder publico (*öffentlichen Gewalt*); e os seus sustentadores procuraram demonstrar, que o conteudo da emenda, alem de caber ao dominio do direito privado, devia ser admittido, como um preceito de justiça—(*dass die Frage als eine Frage des Privatrechts aufzufassen sei,...dass ihre Bejahung als ein Gebot der Gerechtigkeit erscheine*). Na votação da emenda porem, deu-se o empate de oito votos contra oito, e o presidente da commissão decidia contra a sua acceitação.^{86.c}

Depois, ao tratar se das disposições relativas á responsabilidade pessoal dos funcionarios, foi novamente levantada a questão da responsabilidade civil do Estado e da communa, a qual, segundo uns, devia ser estabelecida de maneira solidaria, e segundo outros, apenas *subsidiaria*, relativamente aos damnos causados á terceiros com a funcção publica.^{86.d} Finalmente, na discussão do projecto no Congresso Legislativo, a mesma questão fora, ainda uma vez, objecto

^{86.c} "PROTOKOLLE" der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, t.I, p. 607 sg.—Berlin, 1897.

^{86.d} Ob. cit., t. II, p. 663 sg.

da mais calorosa discussão, como, aliás, não podia deixar de ser, já em vista da importancia da materia, já dos oradores que com tanta competencia se fizeram ouvir, batendo-se pela necessidade de sua adopção.

Triumphou o principio, de que a responsabilidade do Estado - poder publico não devia ser incluída entre as regras do direito privado; mas, de tudo quanto se pôde apurar da discussão, assim se resolvera,— não, porque o Estado devesse ser considerado *irresponsavel* nesta qualidade, mas principalmente, por estas duas razões: primeira, que não se podia apreciar a responsabilidade alludida sem conhecer da questão connexa do dever profissional do funcionario publico, materia do dominio do direito publico; segunda, que o conhecimento desta ultima questão, pertencendo particularmente á competencia das autoridades dos Estados - federados, devia, consequentemente, continuar a ser objecto da legislação dos mesmos, e não, regida por uma disposição *commum* do direito federal. Em vista destas e outras ponderações de natureza analoga é, que foram adoptados os dispositivos constantes dos arts. 89 e 839 do Cod. Civil e os dos arts. 77 - 80 da sua lei de introduccão; mas não, de forma alguma, porque á consciencia juridica do legislador houvesse parecido, menos legitimo ou menos procedente, o principio da responsabilidade geral do Estado.^{86.e}

74 b. — De resto, esse modo de vêr com relação aos dispositivos do Codigo Civil coincide com a doutrina corrente acerca das duas jurisdicções distinctas, a das auctoridades ou tribunaes administrativos, e a dos tribunaes judiciarios, segundo a qual, o que realmente se pretende, é firmar a regra, de que o Estado, fóra das suas

^{86.e} Ob. cit., t.I, p. 610-611.—Cf. Saleilles, *Théorie Gen. de l'obligation*, p. 399.—Paris, 1901. Este autor, depois de haver analysado o pensamento do proj. do Codigo Civil Allemão sobre o ponto em questão, ao referir-se á responsabilidade pelos factos de soberania, disse: "*non pas que les motifs prétendent exclure la responsabilité de l'Etat pour ces derniers, mais ils déclarent n'avoir pas à s'en occuper et laisser la question au domaine du droit piiblic.*"—Loc. cit., e mais: p. 424-427, *nota*.

relações patrimoniaes (*Fisco*), não pode ser sujeito ás disposições do direito privado e aos tribunaes que applicam este direito; mas não, que o mesmo seja *sempre* ou *absolutamente* irresponsavel pelas lesões feitas ao direito individual. Ao contrario, resulta da lição dos factos, que, mesmo em se tratando de actos de poder publico ou de governo, casos se dão, em que a obrigação de indemnisar o damno feito é no todo reconhecida, já em virtude de leis especiaes, já em nome dos principios geraes da justiça; não faltando até quem entenda, que aos actos do Estado se deve applicar, sem distincção, os dispositivos dos artigos 831 e 832 do Codigo Civil, relativos á responsabilidade proveniente dos factos de outrem.

Além disto, tendo o Codigo Civil, nos arts. 77 - 81 da *Lei de Introduccão*, respeitado a legislação particular dos Estados e das Communas sobre a responsabilidade civil, proveniente de danos causados por seus funcionarios, não se ignora que em diversos Estados foram, em consequencia, adoptadas leis especiaes sobre a materia, e em algumas dellas, reconhecida positivamente a responsabilidade do Estado pelos danos referidos.^{86.f}

§ 2º CASOS E DECISÕES

75. — ACTOS LEGAES OU ISENTOS DE COLPA. Conforme ao principio, de que os *actos de poder* são insusceptiveis de responsabilidade por parte da Administração, se pretende, que gósam desta isenção, não só as leis, mas tambem os actos de governo, propriamente taes, e as decisões judiciais.⁸⁷ Mas, isto não obstante, e a despeito da *legalidade*

^{86.f} Vide: Otto Mayer, *Le Droit Administratif Allemand*, t. I, § 17 p. 314.—Os Estados que adoptaram nova legislação neste sentido são: Bade, Baviera, Hesse, Württemberg, e varios outros menores.—Cf. Boulen, *De la responsabilité enven les particuliers des fonctionnaires administratifs*. p. 348-355.—Rennes, 1902.

— Tambem por uma recente lei federal do Imperio (14 Julho (1994) acaba de ser assegurado o direito de indemnização aos individuos injustamente presos. No "*Jornal do Commercio*" do Rio de Janeiro, de 21 e 30 maio 1904 se encontra breve noticia a respeito dos fundamentos da nova lei alleman.

⁸⁷ Vide: Loening, ob. cit.; Piloty, ob. cit. Hic, ns. 45 e 46. Seria de vêr no mesmo sentido uma decisão do "Tribunal Federal do Imperio Allemão", de 21 dezembro 1886.

incontestavel do acto administrativo,—desde que, em consequencia d'elle, se dê effectivamente a lesão de um direito individual, apreciavel pecuniariamente, e a lei não haja expressamente disposto em contrario, os tribunaes tem decidido, que, tanto a Communa, como o Estado, podem ser declarados civilmente responsaveis pelo damno resultante; visto não ser justo, que o individuo soffra sem reparação um sacrificio, proveniente da Administração, a qual assim o faz, alias, no interesse commum de todos (C. Sup. App. Darmstadt, 6 outubro 1848; C. Sup. App. Weisbaden, 9 março 1850, 10 outubro 1862; C. Sup. App. Lubeck, 31 dezembro 1847; C. Sup. App. Iena, 21 novembro 1850; C. Sup. Wolfenbüttel, 6 março e 17 novembro 1874; C. Sup. App. Rostock, 12 junho 1865; Trib. Fed. do Imp. 16 dezembro 1885).^{87.a}

^{87.a} Apud Gierke, ob. cit., p. 808.—Segundo este autor, a collectividade está sujeita a prestar a indemnização devida pelos seus actos *culposos*, nos termos do direito privado, do mesmo modo, que a pessoa individual; sendo de incluir nesta regra geral, tanto o Estado, como a Communa. Pelo que respeita ás infracções de natureza contractual, esta regra prevalece de maneira indiscutivel (O. G. Wolfenbuttel 17 setembro 1867, e 28 dezembro 1868; R. G. 9 maio, 3 novembro, e 12 dezembro 1882); entendendo-se que, nesta hypothese, se trata de responsabilidade por culpa propria, sem precisar recorrer aos principios que regem a responsabilidade dos actos na representação (R. G. 7 junho 1871, e 5 maio 1880). E não é licito allegar, como escusa, que na especie se tratara, porventura, do exercicio de direitos soberanos (R. G. 3 novembro 1882; O. A. G. Dresden 26 julho 1851, e 27 março 1863; O. A. G. Cassel 5 julho 1847; O. A. G. Berlin 30 março 1871; O. G. Wolfenbuttel 23 junho 1865, etc.,etc.)—Loc. cit. p. 784-787.

— Quanto, porém, aos danos ou culpas commettidas em actos extra-contractuaes, Gierke confessa que ha divergencias, tanto na materia de principios,, como nos exemplos da pratica (loc. cit., p. 788); mas que, isso não obstante, a responsabilidade tem sido admittida pela jurisprudencia, não só, quando se trata de factos que tragam um lacre ao Estado, ou daquelles que elle pratica nas suas relações de proprietario ou industrial, como tambem, de actos, nos quaes o mesmo apparece como poder publico, “desde que os danos sejam causados pelos seus órgãos no uso das suas attribuições”. —*Wir werden namentlich auch den Staat, den Gemeinden und allen anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften eine privatrechtliche Ersatzverbindlichkeit für Schaden aufzubürden haben, den ihre Organe innerhalb ihrer Wirkungssphäre durch schuldhafte Verwendung oder Nichtverwendung Öffentlicher Machtmittel anrichten* (loc. cit., p. 794). Nesta conformidade a praxe commum (*die gemeinrechtliche Praxis*) tem garantido aos lesados por culpas dos órgãos publicos a acção aquiliana contra o Estado e as Communas, tenham os individuos sido offendidos na sua integridade ou liberdade pessoal, ou no seu direito de posse e propriedade (*mag nun dabei der Einzelne durch einen Eingriff in die Integrität oder Freiheit der Persönlichkeit, oder durch Entziehung oder Zerstörung von Sachen*).—Loc. cit., p. 797-799, e notas.—Gierke cita decisões confirmativas das suas asserções, das quaes fazemos a devida menção nos casos particulares, que o leitor encontrará no texto.

Não é assaz numerosa nem completa a resenha dos casos particulares, de que podemos fazer menção no momento; mas, dos que se offerecem em seguida, se poderá, com certeza, ajuisar da doutrina corrente na Allemanha a respeito da materia.

75 a. — A desapropriação, ainda que seja um acto de soberania (*jus eminens, dominium eminens*), não poderá ser feita, senão, guardadas as formas legais,—*Enteignung findet nur nach Massgabe des Gesetzes statt*,—e dando-se realmente uma razão verdadeira de utilidade ou necessidade publica.^{87.b} Logicamente, se devia fazer primeiro a desapropriação, porque della é que resultaria a obrigação de indemnizar, como consequencia; mas, para evitar delongas, que o desapropriante, uma vez na posse da coisa, podia occasionar, a regra é: que a indemnização seja prestada primeiro, como condição da propria validade da desapropriação (*die vorgängige Entschädigungsleistung wird BEDINGUNG der Gultigkeit des Enteignungsausspruches*).^{87.c}

a) A obrigação de indemnizar a coisa desapropriada é um principio geral do direito:—*Der Mann, dem durch die Enteignung das Opfer seines Eigentums oder sonstigen liechts an der Sache auferlegt wird, erlangt eben dadurch den Anspruch auf Ausgleichung dieses Opfers in Geld*; podendo o desapropriado fazer valer o seu direito contra aquelle, a quem a desapropriação aproveita, seja o Estado, seja a Communa, seja um concessionario, revestido do direito de desapropriar.^{87.d}

— No valor da indemnização da coisa desapropriada deve tambem entrar o do caminho perdido que dava accesso a parte não desapropriada do predio, e de que resultara a necessidade de fazer um arroteio para se poder chegar ao mesmo (R. G. 17 junho 1884).

^{87.b} Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. II, § 33.—Leipzig, 1896.

^{87.c} Loc. cit., p. 44.

^{87.d} Ibidem, p. 43 sg.

Entende-se , entretanto, que a collocação de caixas do correio, de lampiões de iluminação das ruas, de postes telephonicos e telegraphicos, e de taboetas de nomes e numeração das ruas, e cousas semelhantes, são delimitações do direito de propriedade, que se justificam como medidas de policia e necessidades publicas, e por isso o proprietario não tem o direito de acção contra ellas. Taes limitações são *essencialmente condicionaes* do proprio direito de propriedade em face da administração. Com tudo, não se deve concluir, que o proprietario fica sempre privado dos meios legais de oppor-lhe s resistencia e de exigir indemnisação; porquanto elle o poderá fazer, toda vez que se dêr excesso nos actos da administração, ou uma lesão particular caracterisada da sua propriedade.^{87.e} Dada esta hypothese, ou outras semelhantes, se poderá cogitar de indemnisação, comtanto que se trate realmente da lesão de um *direito adquirido* e de que se esteja no goso, como tal, “*Verletzung eines bestehenden rechtlichen Zustandes*” (R. G. 28 maio 1880).^{87.f}

b) As servidões publicas impostas á propriedade, em regra, dão direito á indemnisação; mas não se deve confundir as medidas temporarias de policia com as servidões propriamente ditas.^{87.g}— Bem assim, não é caso de indemnisação o facto de um funcionario fiscal ou policial penetrar na propriedade alheia, em perseguição de um contraventor ou criminoso (O. Tr. 1 dezembro 1875; O. V. G. 28 novembro 1885).^{87.h}

c) O direito de propriedade não pode ser opposto ao exercicio de uma linha de tiros sob o fundamento de encommodos causados por

^{87.e} Otto Mayer, loc. cit., p. 185 e notas ibi.

^{87.f} No caso da decisão citada no texto, se tratava de um dique feito em um rio, e de que resultou ficar a propriedade vizinha privada de *inundações fertilisadoras* das suas terras. A indemnisação foi negada, por não haver um direito adquirido.—Otto Mayer, loc. cit., p. 354.

^{87.g} Otto Mayer, loc. cit., p. 171, nota 9, e p. 175 sg. notas 14 e 15.

^{87.h} A sigla—O. Tr. quer dizer: Tribunal Superior de (Berlin);—O. V. G. significa: Tribunal Administrativo Superior.

estes; mas o lesado tem direito á indemnisação (R. G. 24 setembro 1889).

d) O proprietario não se pode oppor á construcção de uma estrada de ferro sob o fundamento, de que damnifica a sua propriedade por fagulhas ou pela trepidação; pode, porém, exigir indemnisação por taes danos (R. G. 20 setembro 1882).

e) A obra publica da construcção de uma ponte, da qual resultou a perda de freguezia para a exploração privilegiada de uma barca existente, não dá direito á indemnisação (O. Tr. 25 setembro 1856).

f) Os individuos, que edificam numa rua publica, adquerem uma servidão tacita na mesma (O. Tr. 10 abril 1866, e 27 abril 1869; R. G. 7 março 1882 e 13 fevereiro 1883); e ainda mesmo contestando-se , que o direito dos proprietarios tenha este caracter de servidão, se tem admittido que a mudança ou alteração da rua, que prejudique ao proprietario de maneira particular, dará logar á indemnisação. Não se pode negar que a rua constituo um dos elementos de valor do predio; dahi o fundamento para indemnisação (C. C. H. 13 outubro 1866; R. G. 16 novembro 1880).^{87.hh}

g) Pelos *damnos da guerra*, causados pelo inimigo ou pelo exercito nacional, não responde o Estado; trata-se , entretanto, dos actos da guerra propriamente, e não, dos actos preparatorios della. Aos danos de uma luta ou uma sedição intestina se applica a mesma regra (O. A. G. Dresden, 18 maio 1852).^{87.i}

^{87.hh} A sigla—C. G. H. quer dizer: Tribunal dos Conflictos da Prussia—Vide: Otto Mayer, loc. cit., t. II, p. 135-136.

^{87.i} A sigla—O. A. G. quer dizer: Côrte Superior de Appellação de Dresden; apud Otto Mayer, loc. cit., p. 359.—A lei federal de 18 junho de 1873 (Gesetz über die Kriegsleistungen) regulara de modo completo as varias especies de fornecimentos, que as forças militares podem requisitar, e bem assim, o modo de fixar o valor pecuniario das respectivas indemnisações.—A lei de 13 de fevereiro de 1875 regulou igualmente as

h) Uma ordem de policia negando licença para construir, no intuito de deixar um monumento á vista livre do publico, dá direito á indemnisação (O. Tr. 28 outubro 1869).

i) Não é caso de indemnisação a ordem de policia impondo ao fabricante de polvora a obrigação de fazer um tapagem, que isole o moinho da estrada publica (R. G. 12 novembro 1887).

j) O direito de propriedade não póde ir até o ponto de prejudicar aos interesses do bem commum; por isso não ha direito á indemnisação contra uma medida policial, que não impõe encargos, e apenas, priva a continuação de um perigo (O. V. G. 5 dezembro 1881).^{87.j}

h) Nenhuma indemnisação é devida pela simples execução da prohibição legal de cemiterios communaes dentro da cidade (O. Tr. 19 junho 1863).

76.—ACTOS ILLICITOS EM GERAL. — A obrigação de prestar indemnisação pelos actos illicitos prevalece contra o Estado até a demonstração de uma excepção legal, do mesmo modo, que se dá com os danos provenientes das culpas individuaes. Tratando-se de infracções contractuaes, este principio é, como já se disse, tido por indiscutivel. E não só as diversas cortes estadoaes de justiça, mas tambem o Tribunal Federal do Imperio em particular, assim o tem reconhecido, ou se trate propriamente do Estado, ou das demais corporações publicas. (C. Sup. Wolfenbüttel 17 setembro 1867, e 28 dezembro 1868; C. Sup. App. Celle 20 abril 1855.; Trib. Federal do Imp. 5 maio 1880, 9 maio, 3 novembro, 12 e 30 dezembro 1882). “Nestes casos, disse o Tribunal, a obrigação de responder pela culpa do representante (orgão ou auxiliar) é, como si se

prestações in natura, feitas ao exercito em tempo de paz, as quaes deverão ser indemnizadas pelos fundos do orçamento militar (lei cit., art. 9º).

^{87.j} Na especie se tratava da prohibição de fogões com valvula, (*Ofenklappen*) declarados perigosos a saude, etc. Os proprietarios, que os tinham nas suas casas, pediram indemnisação, mas foram julgados carecedores desse direito.

tratasse de culpa propria" (Trib. Federal do Imp. 3 novembro 1882; Trib. Fed. Sup. do Com. 18 junho 1872). Consequentemente, o Estado e as Communas, desde que contratam, entrando na esphera do direito privado, ficam responsaveis pelas obrigações resultantes, mesmo quando se mostrem no exercicio de poder publico (*ihrer Hoheitsrechte*).^{87.k} E' igualmente por isso, que, considerada a concessão, como um contracto, a sua revogação dá direito á indemnisação, a menos que essa revogação esteja prevista na lei ou em clausula do respectivo acto.^{87.l}

Fundamentando a responsabilidade pelos actos illicitos nas relações contractuaes disse uma corte de justiça: " O Fisco, sendo apenas uma pessoa ficticia (*nur fingirte Persönlichkeit*), não póde agir por si mesmo; e como só póde exprimir a vontade propria por meio das acções e omissões do seu representante, elle se torna responsavel pela conducta deste nas suas relações contractuaes. E uma vez admittido este fundamento, cuja procedencia é indiscutivel, razão não ha para negar a responsabilidade do Fisco, sob a allegação de que não se trata de obrigações contrahidas *livremente*, mas á elle impostas pela lei: si a ficção possibilita á pessoa juridica do Fisco a aquisição e o exercido de direitos, ella deve ter igual effeito com relação ás responsabilidades provenientes." (Trib. Federal Sup. do Commercio 10 dezembro 1872).^{87.m}

76 a. — No que respeita aos actos extra-contractuaes, não obstante subsistir a controversia e a discordancia das decisões, é, todavia, certo, que os melhores autores são os primeiros a confessar, que a tendencia moderna é toda pela admissão da responsabilidade (hic, p 406, nota 86, 86.a e 86.b).

^{87.k} Vide: Gierke, loc. cit., p. 786 sg. e notas ibi.—Cf. Loening, loc. cit., p. 58 sgs.

A questão da responsabilidade do Estado pelos depositos em poder de funcionarios publicos foi outr'ora assaz debatida; mas, afinal a doutrina que prevaleceu, foi a da sua responsabilidade, reconhecendo-se no facto do deposito uma verdadeira obrigação contractual.—Gierke, loc. cit., p. 787 e decisões ibi.

^{87.l} Otto Mayer, ob. cit., § 89, p. 159.

^{87.m} Apud Giorke, ob. cit., p. 755 e decisões ibi.

Mas a jurisprudencia alleman, dependendo nesta parte da legislação particular dos diversos Estados-federados, sem embargo de haver agora um Codigo Civil obrigatorio para todos elles, não póde offerecer - nos uma regra geral ou doutrina uniforme sobre tão importante materia.

Ha Estados, cujas leis estabelecem em principio a responsabilidade civil do Estado,^{87.n} assim como não faltam tribunaes que, na maioria das suas decisões, a tem admittido, como uma necessidade indeclinavel de justiça. Outros tribunaes, porém, tem recusado admittir a responsabilidade, como regra geral, muito embora lhe hajam dado a sua sancção em numerosos casos particulares.^{87.o}

Com effeito, muitas cortes judicarias, rompendo com o *dogma romanista* da incapacidade do ente collectivo para *querer e agir*, tem affirmado ao envez, que o mesmo é até capaz de delinquir (*deren Deliktsfähigkeit im Princip bejaht*)...

Mas, sem pretender levar tão longe o principio da responsabilidade, se tem por assentado em boa doutrina: que, si é verdadeira a proposição, — que a pessoa juridica é incapaz de delicto, d'ahi não se segue, que ella não deva responder pecuniariamente (*vermögensrechtliche*) pelas consequencias do delicto dos seus órgãos ou representantes; porque com as vantagens da representação devem ir juntamente as desvantagens provenientes (Côrte Sup. App. de Celle 15 nov. 1878).^{87.p} Mesmo se tratando de actos de poder publico (*Hoheitsrechte*) as cortes judicarias tem declarado o Fisco, responsavel

^{87.n} Entre os Estados, cuja legislação consagra o principio da responsabilidade civil, são ainda de citar: Sachsen-Coburg-Gotha, Sachsen-Altenborg, Cidade de Hamburgo, Schwarzburg-Sondershausen, Meklenburg-Schwerin.—Vide: Loening, loc. cit., p. 110-113; Klewitz, ob. cit., p. 82, sg. Hic, p. 415, nota 88.f.

^{87.o} Na materia de depositos, bem como, nos casos de culpas commettidas no serviço das hypothecas, a obrigação de indemnizar está geralmente consagrada pelas diversas legislações e pela jurisprudencia.—Klewitz, loc. cit.

^{87.p} Apud Gierke, ob. cit., p. 751 e nota ibi.

pela indemnização do damno *ex-delicto* (C. de App. Colmar 9 janeiro 1888; R. G. 21 dezembro 1886); podendo a respectiva acção ser proposta e decidida contra o Estado segundo os principios do direito commum (R. Gr. 13 janeiro 1883).^{87.q}

— Do mesmo modo, desde que tenha havido culpa na nomeação ou fiscalização do funcionario, a responsabilidade do Estado tem sido geralmente reconhecida. (Tribunal Superior da Prussia 21 junho 1847, 9 outubro 1863, 3 fevereiro e 24 novembro 1864; C. Sup. App. Celle 16 fevereiro 1827, 19 abril 1861, 14 fevereiro 1879; C. Sup. Wolfenbuttel 23 junho 1865; Trib. Fed. do Imperio 1 e 13 abril 1880, 8 abril 1884; C. Sup. App. Iena 5 outubro 1877).^{87.r}

A Côrte Sup. de Appellação de Iena accentuára numa das suas decisões (de 1836):

“O Estado é um Organismo, no qual as autoridades ou funcionarios apparecem, como membros ou instrumentos do Estado; portanto, elle tem de responder pela actividade destes em qualquer hypothese, como sua”.

E ao seu turno, disse a C. Sup. App. de Munich (8 julho 1851): “Como o Estado, só por seus órgãos, e por estes somente, apparece em função, segue-se , que nas culpas dos funcionarios, agindo como taes, é elle o proprio agente lesivo do alheio direito”.—O Fisco é responsavel, como pessoa capaz de vontade, declarara igualmente o Tribunal Superior da Prussia (Decisão 27 setembro 1859).^{87.s}

Ha tambem decisões em contrario, não se néga, poucas, aliás, fundadas na incapacidade da pessoa juridica para commetter um delicto (*Deliktsunfähigkeit*); verifica-se , porém, que as cortes judiciarias, que assim tem julgado, não deixaram com tudo de reconhecer e firmar,—que

^{87.q} Vide: Otto Mayer, loc. cit., p. 360.

^{87.r} Cf. Gierke, loc. cit., p. 753-54 e 760, e notas ibi.

^{87.s} Ibidem.

em dados limites, os actos *illicitos* dos representantes devem ser, do mesmo modo que os *licitos*, considerados *juridicamente*, como actos da propria pessoa juridica, por haver nisto um verdadeiro postulado da justiça.

Segundo o prof. Gierke, a doutrina da responsabilidade do Estado ou de qualquer outra associação, pelos *actos illicitos* ou *illegaes*, tem vencido justamente pela força da idéa verdadeira (*weil sich die richtige Auffassung Bahn brach*), de que os funcionarios, em quanto agem neste character, manifestam juridicamente a vontade e a acção da pessoa collectiva...^{87.t} E' intuitivo, insiste elle, que a ordem juridica (*die Rechtsordnung*) não pode attribuir a um ser colectivo ou a um individuo certos deveres sem a possibilidade da violação dos mesmos, nem certos direitos sem a possibilidade do abuso destes...Donde segue-se presumptivamente, que é a pessoa collectiva, quem commette as proprias acções ou omissões culposas, que o seu órgão legitimo, como tal, commetter dentro da esphera da sua competencia.^{87.u}

76 b. — Agora, para se poder melhor ajuizar da materia, cumpre saber, que a responsabilidade civil, quer das Communas, quer do Estado, tem sido ainda affirmada, além de muitas outras especies, nos casos abaixo mencionados:

^{87.t} Gierke, loc. cit., p. 755-758.

^{87.u} Ibidem, p. 761. Gierke cita numerosas decisões das varias cortes allemaes neste sentido; observando a proposito, que, si o Trib. Federal do Imperio pretendesse fazer cessar a pratica dominante, ver-se-hia na necessidade de rejeitar a idéa de responsabilidade da pessoa juridica por todo acto de culpa, imputavel á mesma.—Loc. cit., p. 762. Ha, no entanto, decisões do referido Tribunal, declarando que os actos do representante da pessoa juridica devem ser considerados, como della propria.—“*Die amtlichen Vertreter sind mit der juristischen Person, insofern es auf den Willen ankommt, rechtlich zu identifizieren, denn was sie innerhalb des ihnen zugewiesenen Amtskreis als Vertreter desselben und in ihrem Namen vornehmen, ist so aufzufassen, ALS WAERE ES VON DER DURCH SIE REPRESENTIRTEN JURISTISCHEN PERSON SELBST VORGENOMMEN WORDEN*” (Decisões de 17 junho 1887 e 15 outubro 1888). Apud A. Klewitz, ob. cit., p. 91, notas.

a) Por negligencia das obrigações, que lhes incumbem, como proprietarios (Trib. Fed. Sup. do Com. 10 dezembro 1872). Na especie se tratava da morte de um individuo, ocasionada pela falta da devida guarda de um fosso pertencente ao Fisco. Do mesmo modo, foi condemnada uma communa urbana á prestação de danos, por se ter dado a introdução de liquidos fetidos em um aqueducto (pertencente á Communa), que servia ás suas necessidades e ás dos moradores,—visto não se ter empregado a precisa fiscalisação ou as providencias adequadas para o desvio do mal (Trib. Fed. do Imp. 13 abril 1880). Igualmente foi condemnada uma outra communa urbana a prestar indemnisação, por não conservar um canal de sua propriedade em estado conveniente aos seus fins (Trib. cit. 2 maio 1881).

b) Pela construcção ou conservação defeituosa de caminhos, pontes, portos, etc. (Trib. Sup. Berlin 21 janeiro 1847, 14 julho 1859, 18 março 1867, 1 julho 1869; Trib. Fed. cit. 6 novembro 1879, 4 abril e 16 dezembro 1882; C. Sup. App. Lübeck 18 fevereiro 1871; C. C. H. 5 junho 1852, e 13 agosto 1873, etc.).

c) Pela falta de devido cuidado nas construcções de obras em geral (C. Sup. App. Munich 28 março 1851; C. Sup. App. Darmstadt 26 abril 1846; C. Sup. App. Wiesbaden 18 março 1853; Trib. Sup. Berlin 27 setembro 1859 e 6 julho 1874; C. App. Celle 14 fevereiro 1879; Trib. Federal do Imp. 1 abril 1880, e 12 dezembro 1882, etc).

d) Pela inobservancia das regras sobre a conservação e segurança das vias publicas, (R. G. 4 abril 1882).^{87.v}

e) Pelos actos de direcção inconveniente (*durch ungeeignete Einrichtung*), como empresarios de estradas de ferro e de outras

^{87.v} Na especie se tratava de um individuo, que fracturára uma perna por ter cahido á noite numa valla, aberta na estrada para dar escoamento as aguas. Na decisão se teve era consideração o disposto no art. 1386 do cod. civil francez.

explorações industriais, susceptíveis de perigos, e por não serem tomadas as precauções necessárias no sentido de evitar tais perigos (Trib. Sup. Berlin 13 dezembro 1869; C. Sup. App. Munich 11 maio 1853, 16 abril 1861, 11 dezembro 1877; C. Sup. App. Celle 19 abril 1861; Trib. Fed. do Com. 17 dezembro 1873, etc.).

f) Por violências contra a liberdade pessoal e o livre exercício de indústrias (C. Sup. Wolfenbüttel 30 junho 1871; Trib. Sup. Berlin 2 outubro 1877; Trib. Federal do Império 15 junho 1881).

g) Por embargo ou apreensão de bens, feitos contra as disposições da lei (C. Sup. A. Oldenburg 1860; C. Sup. App. Wolfenbüttel 4 fevereiro 1845; Trib. Federal cit. 10 junho 1881).

h) Pela omissão de deveres, que o direito público impõe à administração pública (negação de justiça, falta de segurança em dadas circunstâncias, recusa de despachos necessários para garantir ou manter os direitos individuais, etc.)^{87.x}

i) Pelos danos provenientes de perturbações da ordem pública, quando tais perturbações se derem por negligência do respectivo funcionário incumbido de manter a segurança pública (C. App. Cassel 24 março 1847, e 2 agosto 1849).

^{87.x} Vide: Gierke, ob. cit., p. 799, e decisões em *nota ibi*. Este autor referindo-se à opinião dos que entendem, que o Estado nos actos da esfera do direito público não responde absolutamente pelos danos causados (assim entende, entre outros, von Rönne, *Preuss. Staatsr.* t. III) disse:— Pelo contrario, esta responsabilidade existe, e os principios do direito privado lhe são applicaveis...A pratica commun tem garantido aos lesados, pelas faltas dos órgãos públicos, a acção aquiliana usual contra o Estado e as Communas, alem da “*conditio of injustam causam*” e da “*actio negatoria utilis*”. Semelhante responsabilidade está mesmo consagrada em leis expressas a respeito de certos casos, tais como: pela culpa ou negligência dos funcionarios no serviço do hypothecas, na subtracção de depositos, etc.—Loc. cit. p. 794-799 sg. e *notas ibi*.

j) Por culpa na *nomeação de funcionario incapaz*, ou por falta da devida fiscalisação sobre o mesmo (Decisões da C. App. Celle de 1823 e 1826).^{87.y}

k) Pelas detenções illegaes ou prisões prolongadas sem justa causa. A regra em materia policial é: "*fur polizeiliche Anordnung wird nicht entschädigt*"; mas, isto não obstante, a lei geral, assim como leis particulares, garantem ao lesado a acção de danos nas hypotheses alludidas. Em regra a responsabilidade do Estado, no caso, é apenas subsidiaria.^{87.z}

l) Por todos e quaesquer actos illicitos, de que provier lucro ao Estado, até a importancia desse lucro.^{87.zz}

77. — Revendo tambem, para findar, o que dizem as decisões judicarias acerca do character juridico do funcionario, em algumas, as cortes lhe tem reconhecido a relação do mandato (C. Sup. App. Munich 28 julho 1846; C. Sup. Wolfenbüttel 23 junho 1865; Trib. Fed. do Imperio 15 novembro 1880, 1 julho 1881, 21 novembro 1882, etc.); em outras, porém, se tem procurado accentuar, que o funcionario não é um mandatario, mas um órgão (*sondern als Organ des Staats und deshalb als Representant der ganzen juristischen Personlichkeit desselben anzusehen sei*). E como o Estado se personifica nos seus órgãos, a obrigação que se dá, por força desta necessidade ou personificação legal, deve ser cumprida pelo proprio Estado, como parte *immediatamente* interessada e responsavel; responsabilidade, que se estende igualmente aos danos dos actos administrativos, como si o Estado fora o proprio agente do acto lesivo — "*der eigentlich verletzende Theil.*" (C. Sup. App. Munich 8 julho

^{87.y} Apud Loening, *Die Haftung des Staats*, p. 110 e notas ibi.

^{87.z} Vide: Gierke, loc. cit., p. 797; —Loening, loc. cit., p. 123, onde se encontra a indicação de varias disposições a respeito das prisões illegaes. Tambem se tem reconhecido o direito de indemnisação em casos de restricções policiaes impostas á liberdade ou exploração de industrias (O. G. Wolfenbüttel, 30 junho 1871).

^{87.zz} Vide: Ant. cit. p. 116-117 e notas ibi; Gierke, loc. cit, p. 789.

1851: C. Sup. App. Jena 24 agosto 1847, e 21 novembro 1850; C. Sup. App. Berlin 30 março 1871).

— Já em decisões de 1762 e 1763 a Côte Superior de App. de Cassel, tendo admittido a responsabilidade do Estado, firmara, como regra, que o acto praticado em razão do officio obriga aquelle, de quem o individuo é empregado, como si se tratasse de um mandato privado— *“dass das Factum eines jeden Offizialen, welches er ex vi officii vornehme, Denjenigen, dessen Beamter er sei, verbinde, sowie dass dasjenige, was bei einem Privatmandatar stattfindet...”*⁸⁸

— Igualmente de accôrdo com estes principios, tambem a Côte Suprema da Baviera decidiu, contra os julgados das duas instancias inferiores, que nos casos, em que se trata de actos sujeitos ao direito civil, como são os referentes á perturbação da posse, o Municipio deve responder conforme ás regras desse direito; não lhe sendo licito recorrer ao direito civil para sustentar os seus direitos de propriedade, e allegar ao mesmo tempo, que lhe não está sujeito pelos actos illicitos dos seus representantes, — por ser, como pessoa juridica, incapaz de delictos. (Decisão de 16 de janeiro 1880).^{88.a}

— Entretanto o Tribunal Federal do Imperio, sem embargo de já ter mais de uma vez reconhecido a responsabilidade do Estado por actos illicitos dos seus funcionarios, mesmo no exercicio de poder publico (R. G. 21 dezembro 1866, e 13 janeiro 1883), insiste em declarar, que se não póde cogitar dessa responsabilidade, quando proveniente de delicto (R. G. 8 abril 1884). Ao que observara Windscheid, — “mas a questão subsiste discutivel sob o ponto de vista da culpa *in eligendo*”; e Gierke, ao

⁸⁸ Pfeiffer, *Praktische Ausführungen*, II, p. 376; apud Loening, loc. cit., p. 45 sg. e notas ibi.—As decisões da Côte de Cassel, a que se alludiu, foram reafirmadas pelas de 25 março 1820, 7 março 1828, 7 abril 1824, e outras de datas posteriores, que mostram a firmitão de doutrina daquelle tribunal na materia.—Loening (loc. cit.) discute o valor juridico dessa jurisprudencia; sendo tambem de vêr a respeito: Gierke, loc. cit., p. 621-622 e 801 sg.

^{88.a} Vide: Gierke, loc. cit., p. 760-51 e notas ibi.

seu turno, faz notar:—que taes decisões negativas do Tribunal Federal deixam effectivamente indeciso o caso particular de concorrer no acto arguido uma culpa propria por parte do Estado ou da Communa...^{88.b}

— Finalmente, quanto a natureza da obrigação de satisfazer o damno proveniente dos actos illicitos do representante, dão-se tambem divergencias nos actos da jurisprudencia: uns querem que, não havendo direito positivo em contrario, dita obrigação incumba, *de modo principal*, tanto ao agente culpado, como á pessoa representada; outros, porém, não admittem - na com relação á pessoa representada, senão, *de modo subsidiario*. Da primeira intelligencia é a Côte de App. de Celle (Decisão de 14 fevereiro 1879); da segunda, é a Côte Sup. App. de Iena (Decisão de 24 agosto 1847, e 5 outubro 1877).

Nas legislações particulares, que, como a de Coburgo - Gotha, consagram expressamente a responsabilidade geral do Estado pelo dolo ou culpa lata dos funcionarios, o principio mais geralmente admittido, em relação ás especies particulares, é o da obrigação *subsidiaria sómente* por parte do Estado.

— E com isto damos por encerrado quanto nos pareceu conveniente adduzir acerca do teor da jurisprudencia alleman.

CAPITULO IV

A Jurisprudencia Italiana

§ 1º INDICAÇÕES PRELIMINARES

78. — Do mesmo modo que foi observado sobre a jurisprudencia belga, o estudo da jurisprudencia italiana relativa á materia da responsabilidade civil do Estado deixa vêr, que si ella não procurou imitar os mesmos principios adoptados pela jurisprudencia

^{88.b} Windscheid, loc. cit.,—Gierke, loc. cit., p. 559-760, e 769-770, e *notas* ibi.

franceza, como alguns autores affirmam, é, pelo menos, certo, que a semelhança dos preceitos do direito administrativo e do direito commum de ambos os povos tem levado os tribunaes italianos a identicos resultados. Assim é, que na Italia se encontra, não só a mesma questão, constantemente debatida, acerca da autoridade competente para conhecer dos actos dos funcionarios publicos, como ainda juntamente, a recommendação da theoria da *distincção dos actos publicos* (em actos de *gestão* e actos de *imperio*), como criterio indispensavel ao exame e decisão dos casos occorrentes.

Abolido, muito embora, o Contencioso Administrativo em 1865,⁸⁹ vemol - o, por assim dizer, restaurado, ao menos em parte, pelos actos legislativos de 1889 - 90^{89.a}, isto é, voltou-se ao regimen da dupla jurisdição, o qual, aliás, havia sido condemnado por se ter mostrado menos capaz de bem garantir os direitos individuaes...

Não temos que entrar em exposição particular a esse respeito; ao nosso proposito satisfaz dizer que, no estado actual da legislação italiana, pertence á autoridade judiciaria o conhecimento dos actos administrativos, toda vez que estes envolvem a lesão de um direito civil, ou mesmo politico, fundado em lei ou contracto. Si o acto, porém, em vez de um direito, offender apenas a *interesses*, o exame da sua *legitimidade* (além dos casos taxativamente indicados no art. 25 da lei de 1889 e arts. 1 e 21 da lei de 1890) será da competencia contenciosa da Secção IV do

⁸⁹ Lei de 20 março 1865.

^{89.a} Leis de 2 junho 1889 e do 1º maio 1890.—Vide: Meucci, ob. cit., p. 116 sg. Em decisão de data recente se reafirmou a doutrina,—de que a administração publica, mesmo em se tratando de actos de imperio, quando estes importam um damno para o cidadão, e não resultante da offensa de um simples interesse, mas da lesão de um direito civil, deve responder perante a autoridade judiciaria, como succede com os actos de gestão; uma vez que uns e outros sejam praticados pelos funcionarios no exercicio das proprias funcções (C. C. Florença 16 janeiro 1902; Hic, p. 459 sg. nota, e 467 sg.) Para completa illustração da materia do competencia se poderá ver: lei de 20 março 1865, arts. 1 á 4; lei de 2 junho 1889, arts. 24-25; C. C. Roma 24 junho 1897, caso *Ditta Trezza*; ap. Luciano Bardari, *Il Sindacato Giudiziario*.—Napoli, 1902.

Conselho de Estado ou da Junta Provincial Administrativa, segundo o teor do caso e das circunstancias.

E' desnecessario accrescentar, que, na pratica, a questão de determinar, o que seja realmente um direito ou um interesse, lesado por acto administrativo, não pode deixar de dar origem á conflictos de jurisdição, mais ou menos frequentes, e não, sem grave prejuizo para os interessados...

78 a. — Pelo que respeita ao direito regulador da responsabilidade civil do Estado pelos actos de seus órgãos ou funcionarios, dá-se igualmente na Italia a mesma controversia, por muito tempo agitada na França, sobre a questão de saber, si as regras do direito civil, que consagram a responsabilidade do committente nos casos de culpa do preposto, são applicaveis ao Estado. A mór - parte dos autores e a jurisprudencia dos tribunaes, diz Laferrière, se pronunciam pela negativa, e resolvem a questão fazendo a seguinte distincção: si se trata de actos praticados *jure imperii*, isto é, no exercicio do poder publico e em vista do interesse geral, o Estado é reputado haver agido, como soberano, escapando por isto á toda responsabilidade; si se trata, porém, de actos feitos pelo Estado *jure gestionis*, isto é, agindo este, como pessoa civil, como proprietario ou contractante, as regras do direito commum lhe são applicaveis. Neste caso, as questões concernentes á alludida responsabilidade do Estado serão julgadas pelos tribunaes judiciarios; mas, sob a reserva do direito de conflicto, si a administração entender que o acto fora praticado *jure imperii*.^{89.b}

Entretanto, para que se possa formar juizo seguro acerca do pensamento e razões preponderantes, seguidas pela jurisprudencia italiana, o que nos parece de melhor, é transcrever na integra os proprios

^{89.b} Laferrière, ob. cit., t.I, p. 84.—*Hic*, nota 89.a *retro*. Os conflictos de jurisdição sao decididos pela Côte de Cassação de Roma.

considerandos de varias das suas decisões; por este modo a materia ficará illustrada de maneira mais satisfactoria, e se evitam os equivocos, que poderíamos commetter numa exposição de conta propria.

Entre as decisões, cujo conhecimento se faz mais proveitoso a esse proposito, é de razão considerar a que foi proferida pela S. C. de Roma em data de 21 de fevereiro de 1879, na qual o Tribunal se manifestara nos seguintes termos:

E' incontrastabilmente reale nello Stato l'esistenza di due entità, l'una politica, l'altra giuridica, la prima principale e diretta ai conseguimento dei suoi alti finí sociali; l'altra secondaria e quasi servente come mezzo a possedere e agire entro la cerchia dei diritto priva to coordinatamente ai suoi supremi finí. Non dissimile nella sostanza, differentissima nella misura, ha luogo la stessa distinzione nella Provincia o nel Comune.

L'azione legislativa non crea certamente per lo Stato alcuna responsabilità. Imperciocchè il potere legislativo se nel modificare la legislazione anteriore diminuisce o toglie diritti già posseduti dai cittadini, non arreca loro ingiuria, poichè i loro diritti non possono considerarsi come acquisiti anche di fronte al potere legislativo; non potendo questo avere mai limiti giuridici derivati dalla legge positiva già costituita, ma solamente limiti etici segnati dall'idea del diritto ; il rispetto dei quali é abbandonato alla sua saggezza o prudenza e giammai affidata ai magistrato che non è nè può costituirsi potere superiore all'egislativo.

La legislazione rimane in ogni momento ed in ogni sua parte sotto l'azione onnipotente del potere legislativo; e il cittadino deve subire le diminuzioni e le abolizioni dei diritti che possedeva, senza indennità di sorta, se lo stesso potere legislativo non glie lo accordi. Senza speciale concessione della legge, l'azione d'indennità per una disposizione di essa che diminuisce o toglie un diritto, non può neppure concepirsi.

La responsabilita dello Stato non può essere neppure impegnata dall'esercizio delle *funzioni giudiziarie*. Perciocchè l'errore giudiziario oltre che deve andare immune da ogni responsabilita per quanto nel giudizio ha avuto parte il convincimento insindacabile del giudice, é escluso dalla presunzione legale di verita del giudicato. Per altri fatti colpevoli determinati che i magistrati o gli ufficiali del

Ministero Pubblico commettono nell'esercizio delle loro funzioni, la responsabilita rimane limitata alle loro persone (art. 783 cod. proc. civ.) e non risale allo Stato. Perciocché sono mancamenti che essi commettono, contravvenendo alle leggi del loro ufficio. Quanto in fine all'esercizio del potere esecutivo non può mettersi in forse che lo Stato debba rispondere degli atti suoi che violano i diritti acquisiti dai cittadini, perche agisce allora fuori della sfera della sua autorità, fa ciò che non gli compete. Ciò non solo risulta, ma è anche espressamente dichiarato dall'articolo 4 della legge sul contenzioso amministrativo, dicendo che quando la contestazione sopra un diritto che si *pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa* i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso, in relazione all'oggetto dedotto in giudizio; perciocché l'atto amministrativo è quivi atto del potere esecutivo, atto di governo. E se i Tribunali conoscono che l'atto amministrativo lese il diritto civile o politico e che per soprappiù questa lesione arrecò danno al titolare del diritto medesimo, l'autorità amministrativa sul precetto fattale dello stesso articolo 4, di conformarsi al giudicato dei Tribunali in quanto che riguarda il caso deciso, dovrà reintegrare la parte lesa nel pieno possesso del diritto e farla indenne dei danni.

E ciò è assolutamente giusto; perche assoluto è il principio che ogni diritto leso esige riparazione. Resta la questione concreta fondamentale per tenere ristretta nei limiti legali la responsabilità dello Stato, se sia veramente diritto o, non piuttosto mera facoltà ciò che si pretende leso. L'autorità amministrativa non può ledere quello se non consumando un atto illegale, causa della sua responsabilità; può impedire l'esercizio di questa, compiendo atto perfettamente legale senza responsabilità alcuna; qualunque nocimento ne possa venire a chi ne godeva; come se alla prima minaccia d'epidemia, vietò entro o in vicinanza di popolazioni agglomerate l'esercizio d'industrie innocue nelle condizioni normali della sanità pubblica, pericolose nelle anormali. Perocché non potendo darsi diritto quesito contro la sanità pubblica, lo stabilimento e l'esercizio di esse in quei luoghi costituiscono necessariamente atti facoltativi, compiuti o liberamente o in seguito a concessione subordinata necessariamente alla permanenza delle condizioni normali della salute pubblica; perchè contraddirebbe al fine dello Stato vigile custode della salute pubblica una concessione pregiudizievole a questa nei momenti, più difficili o dolorosi. O perchè, se sembri meglio, l'uso di tali facoltà o diritto incomincia a cadere sotto il divieto della legge o dei regolamenti (art. 426) dei quali l'autorità amministrativa cura l'esatta esecuzione essenzialmente immune da ogni responsabilità. Per la sua entità giuridica la responsabilità dello Stato è governata *dal diritto privato*, in quanto è

applicabile in questo speciale subietto agli enti giuridici. Le obbligazioni, qualunque ne sia la causa, deve adempiere esattamente come i privati, e mancandovi deve risponderne come questi, senza che possa opporre essere tale mancanza imputabile ai suoi agenti, perocchè l'adempimento di ogni obbligo incombe sempre al debitore; a chiunque poi egli per volontà o necessita commetta l'esecuzione degli atti che lo costituiscono, non potendo il fatto degli esecutori non considerarsi proprio di lui. E agendo nella qualità di ente giuridico, può anche incorrere in responsabilità per fatto altrui, quando compie atto che dia vita a quello speciale rapporto giuridico nel quale esso assume la qualità di committente e l'altra parte di commesso, giusta il significato dell'articolo 1153 codice civile, comma 3°. Poichè l'atto che possa dar vita a tale rapporto non è incompatibile colla natura dello Stato... Ma perche questa responsabilità possa in concreto avere luogo a carico dello Stato, si richiede che anche ad esso si possa applicare la presunzione di *colpa nella scelta del preposto* e che il negozio sia civile e commesso ad altri in tale maniera da doversi considerare eseguito a nome, per conto e sotto la dipendenza dello Stato in tutte e singole le incombenze che ne costituiscono l'esecuzione, sicchè il danno arrecato dai preposti sembri dato dallo stesso Stato preponente. Perciocchè se niuna legge ammette a favore dello Stato il privilegio di esenzioni da questa responsabilità in cui altri enti giuridici e i privati incorrono per atti ed affari identici, neppure veruna legge gli impone condizioni più dure. Il diritto comune anche per quanto concerne queste condizioni deve essere applicato non solo quando il negozio com messo non sia coordinato ad altro oggetto e segnatamente alia prestazione di un servizio pubblico, come l'esercizio delle ferrovie, o ad uno scopo finanziario, come il monopolio; lo Stato deve rispondere indistintamente del danno che i suoi preposti a tali incombenze arrechino a terze persone nell'esercizio delle medesime.^{89.c}

— Nas razões e motivos da decisão transcripta se encontram todos os elementos precisos para cada um conhecer e avaliar, por si mesmo, da procedencia ou improcedencia da doutrina, que na mesma se contém, sem que nada mais se precise juntar a semelhante respeito. Somente, não podemos deixar de chamar a atenção especial do leitor

^{89.c} Também se póde ver no mesmo sentido: C. C. Roma 7 maio-1877, 24 agosto 1881, 19 março 1882, 12 março 1887, 30 maio 1892, 11 janeiro 1898, 20 janeiro e 7 julho 1897; C. App. Lucca 24 maio 1888; C. C. Florença 27 janho 1889; C. C. Torino 1871; etc—Cf. Vittore Vitali, *Del Danno*, n. 291.—Placenza, 1892; Solari, ob. cit, p. 51 sg.

para este ponto: é que, não - obstante a sua afirmação categorica da irresponsabilidade do Estado pelos actos de *imperio*, o Tribunal não pode fugir á necessidade de tambem consignar o principio superior, *absolutamente justo*, de que "ogni diritto leso esige riparazione..."

78 b. — Quanto a responsabilidade civil do funcionario publico pelos actos lesivos dos direitos privados, ella pode ser verificada praticamente por um dos seguintes modos: 1) por uma simples reclamação dirigida á autoridade administrativa superior; 2) por meio de processo contencioso administrativo; 3) por acção judicial nos casos e nos limites marcados na lei, — quando as primeiras formas indicadas não sejam efficazes, ou quando, pela natureza do damno causado, deva caber a jurisdicção judicial decidir da materia. E' este segundo modo, que interessa principalmente ao nosso assumpto.

Em principio, a jurisprudencia italiana reconhece a responsabilidade pessoal do funcionario; havendo, todavia, restricções postas quanto aos meios de tornal-a effectiva. Em primeiro logar, é preciso obter *autorisação governativa*, isto é, o funcionario não póde ser accionado, penal ou civilmente, por actos do seu emprego, sem que o governo dê previa autorisação para esse procedimento; e embora semelhante restricção já tenha sido combatida por diversos autores, e a sua abolição já fosse mesmo proposta em projecto de lei, ella continua á subsistir na legislação italiana,^{89.d} e consequentemente, não póde deixar de ser respeitada pelas cortes judiciais.^{89.e} A razão fundamental da restricção é tirada da independencia dos poderes, a qual, pretende-se , seria violada, si fosse absolutamente livre a um particular chamar os representantes do poder administrativo a prestar contas dos seus actos perante autoridade de jurisdicção differente.

^{89.d} Vide: *Legge Comunale e Provinciale* de 1865, arts. 8, 110, 139.—Cf. A. G. Boulén, ob. cit., p. 855-858.

^{89.e} Meucci, *Dir. Amministrativo*, p. 238.

E', como se vê, uma razão analoga áquella, em que se apoiam os sustentadores da necessidade de um contencioso administrativo com jurisdição exclusiva para conhecer e decidir dos actos da administração publica em geral.

Entretanto na pratica, após muita discussão sobre a questão de saber,— quaes os actos do funcionario, que podem ser accionados sem previa autorização do governo; parece ter-se como regra assentada, — que, no *excesso de poder*, o funcionario não gosa dessa garantia legal. A lei tendo dito: "*non possono esser chiamati a render conto dell'esercizio delle loro funzioni*", se conclue que, excedidas estas funcções, já não podem os funcionarios ser protegidos pela disposição da lei.^{89.f}

78 c. — Com relação á sancção da responsabilidade dos actos praticados, a jurisprudencia tem tambem admittido certas exempções em favor dos funcionarios, taes como: 1) estes não são declarados responsaveis por simples erros de direito, a menos que não revelem completa ignorancia das regras elementares da profissão; 2) não o são igualmente, quando os actos são feitos em presença de uma impossibilidade absoluta de o individuo se conformar com a lei, ou em execução de ordens de um superior, a quem devam obediencia hierarchica, não sendo taes ordens manifestamente illegaes ou dolosas; 3) nem tão pouco serão declarados responsaveis, tratando-se de actos impossiveis de ser feitos de outro modo nas circumstancias, ou si forem praticados em vista da necessidade urgente do interesse publico.^{89.g}

A responsabilidade do funcionario é, porém, sempre affirmada pela jurisprudencia nos casos de culpa e dolo, quaesquer que sejam os actos praticados.

^{89.f} C. E. 21 março 1851, e 7 janeiro 1864.

^{89.g} Laferriere, loc. cit., p. 83-84; Cf. Bonasi, *Della responsabilità penale e civile dei ministri e degli officiali pubblici*, Part. III, cap. 9º e 10.

— Relativamente aos funcionarios de character judiciario, a dizer, os juizes e representantes do ministerio publico, a lei os declara civilmente responsaveis: 1) quando no exercicio das suas funcções são accusados de dolo, fraude ou concussão; 2) quando se recusam a providenciar sobre os pedidos das partes, ou negligenciam de promover ou de julgar os feitos, que se acham em estado de ser decididos; 3) nos outros casos declarados em lei.^{89.h} Mas estes funcionarios não poderão também ser accionados por individuo particular, sem que a cõrte de justiça (competente para julgar-os) dê previamente a necessaria autorisação para o respectivo processo.^{89.f}

§ 2º CASOS E DECISÕES

79.—ACTOS LEGALES ou ISENTOS DE CULPA. — A irresponsabilidade do Estado pelos actos legislativos, pelos actos administrativos (os praticados *jure imperii*), e pelos actos judicarios é, como já se disse, a regra consagrada pela jurisprudencia.

Sustentando - a, disse Mantellini:

“Per una legge, per la quale vengano a spostarsi degli interessi lo Stato non si fa pagari da chi ci guadagna e non risarcisce chi ne scapita. Chi ne scapita aveva in quel suo interesse un diritto finchè la legge lo assisteva; ma che torno alia condizione di mero interesse, o cesso d’esser diritto, appena la legge gli tolse l’assistenza compartita da prima. Lo Stato non assume obbligazione, nè indennizza quando d’una libera industria crea un monopolio per far maré una fonte di pubblica entrata. Come nel 1869 (legge 5 giugno 1869, n. 5111) dichiarò libero il polverificio, già soggetto di privativa, potrebbe ora tornare a monopolizzarlo; e come allora lo Stato non si fece pagare la liberta, non rifarebbe i danni del vincolo...Trovasi per tanto deciso non risarcibile il danno conseguente dalla suppressione o dal divieto d’una industria, come non, il deprezzamento lamentato nelle case d’una piazza dove siasi trasferito il patibolo (In Francia, C. E. 11

^{89.h} Vide: Codice di Procedura Civile, art. 788.

^{89.f} Cod. cit., art. 788. Cf. C. App. Roma 16 julho 1887.

gennaio e 28 maggio 1898; C. C. de Bruxellas, arr. 27 giugno 1845).⁹⁰

Consideramo-nos dispensados de discutir ou apreciar, mais uma vez, o valor da *theoria*, que exclue a responsabilidade do Estado pelos actos denominados de “imperio”. Limitamo-nos a dizer, que ella, embora consagrada, como regra, na jurisprudencia, sofre, e nem podia deixar de soffrer, excepções diversas, pelo menos na parte que se refere aos actos administrativos, além do mais, pela razão sabida, de que nem

⁹⁰ Dando as razões e factos, segundo os quaes entendia que, dos efeitos da lei não pode recair sobre o Estado nenhuma obrigação de indemnizar aos individuos lesados, Mantellini citara os seguintes exemplos:

— Proscripta por Pietro Leopoldo a *liberdade frumentaria*, entraram em questão os privilegios e direitos que, por leis, costumes e contractos, competiam aos arrendatarios do pão fino (*agli appaltatori dei pan fino*). Estes puzeram demanda por perdas e danos; mas foram vencidos (*Liburnen. praetensae refect. damnorum* del 30 luglio 1768 cor. Querci, Scara-mucci e Ulivelli relatore, nella *raccolta* Artimini, serie 2^a tomo V, p. 612). Dos considerandos da citada decisão, cuja integra Mantellini transcreve, se vê que, já então, se procurara attender á dupla personalidade do Principe (*synonymo* de Estado naquella época) nestes termos: “*Alia est persona Principia tamquam contrahentis, et alia est persona ejusdem tamquam legislatoris, et providentis super bono regimine reipublice et principatus ex causa publicae necessitatis, vel utilitatis; etc. etc...expluries insinuata duplicitate personarum quae consideratur in Principe, una scilicet privati contrahentis, et altera supremi moderatoris reip. in illis actibus, quos gerit pro publica necessitate vel utilitate, ejusdemque resp. bono regimine; ideoque id, quod per istam posteriorem personam fit, ex causa publica, fortuito casui potius referendum est et assimilandum fulguri, vel tempestati, sive inundationi, aut incendio, allisque similibus casibus, ob quos fidei violatio sequi non dicitur.*” (*De Luca*, de offic. venal. cap. 16 n. 12 e cap. 17 n. 20).

— Outro, exemplo, citado pelo mesmo autor: Tendo a lei das obras publicas (*legge mi lavori pubblici*) prohibido no art. 11, que houvesse *estrada nacional* entre dons pontos unidos por via-ferrea, tornou-se impossivel a a construcção de nma estrada, considerada nacional, e como tal, já dada por contracto de arrendamento (*appalto*). O arrendatario pedio que se applicasse ao caso o art. 345 de dita lei, que dava á Administração a *faculdade* de libertar-se (*di prosciogliersi*) a todo tempo do contracto, mediante pagamento dos trabalhos executados e do decimo da importancia dos trabalhos por executar. A Administração entendera, porém, que o art. 345 só se referia á resilição voluntaria por parte da mesma, e objectara que o *facto da lei* era *facto imputavel* a força maior, fortuito, com a excepção consequente, induzida dos arts. 1225 e 1226 do cod. civil; e assim se decidio, com efeito, em juizo (C. C. Napoles 9 maio 1877; C. App. 31 maio 1879,—*caso Pascarella*).

— Mantellini preopinando igualmente, que não se deve reparação civil pelo julgamento injusto ou pelos defeitos da ordem judiciaria existente, relembra o texto do direito romano: *Quae jure potestatis a magistratu fiunt, ad injuriarum actionem non pertinent* (L. 6 ff. de injuris); concluindo, afinal, com estas palavras: “*Non si consente contro lo Stato azione civile ai danno per effetto di legge, come d'altra sua determinazione di generale interesse.*”—Ob. cit., p. 67-76.

Parece-nos dispensavel lembrar ao leitor, que Mantellini é considerado um dos mais insignes factores da “*theoria da irresponsabilidade do Estado*”.—Hic, p. 113 sg.

sempre se póde affirmar — *onde acaba o acto de imperio, e começa realmente o acto de gestão...*

Os casos particulares, de que em seguida se fará menção, darão disto irrecusavel documento.

79 a. — *Desapropriações por utilidade publica.* Tratando deste ponto, manifestamente comprehendido entre os actos de soberania ou de governo, diz o professor Bellavite: O partido legal mais grave, em materia de damno causado ao particular, que o Estado póde tomar, é o da desapropriação no sentido technico, isto é, constranger os particulares a abrir mão dos seus bens immoveis ou direitos concernentes a estes, em vista da execução de obras declaradas de utilidade publica.^{90.a} Toda vez, porém, que assim succede, não só o acto da desapropriação deve ser feito mediante normas ordinarias estabelecidas nas leis^{90.b}; mas tambem se reconhece SEMPRE ao proprietario lesado o direito á uma justa indemnisação, paga pelos cofres do Estado.

Tal é a regra da materia; e na sua sustentação a jurisprudencia se tem mostrado sempre firme e coherente, sem que haja mister citar decisões particulares a esse respeito.

— Pode ser sujeito activo da *desapropriação*, tanto a administração publica, como o seu representante em virtude de arrendamento ou concessão; entendendo-se , que os arrendatarios e concessionarios são subrogados nos direitos e obrigações da administração publica desapropriante, e não, mandatarios della (C. G. Torino 1 e 6 maio 1875, 28 maio, e 16 junho 1866).

^{90.a} Bellavite, ob. cit., pag. 21 sg. Este autor procura provar, que já via antiga Roma o Estado indemnizava a propriedade dos particulares, quando della se utilisava para fins do interesse publico.

^{90.b} Lei de 25 de junho de 1865 (sobre a *desapropriação*), e lei de 20 de março de 1865, art. 240 (sobre *obras publicas*).

Do mesmo modo, toda pessoa, privada ou publica, o proprio Estado, pode ser sujeito passivo de desapropriação (Lei 25 junho 1865, art. 58).^{90.c}

79 b. — *Actos de guerra.* Nos damnos de guerra, diz P. Mazzoni, são de distinguir os ocasionados em guerra effectiva (*in guerra combattuta*) a dizer, no theatro da acção bellica, dos ocasionados por medidas de precaução adoptadas na previsão da guerra ou na execução de um plano geral de ataque ou defesa. Os primeiros se equiparam aos casos de força maior, e não dão logar á acção privada de indemnisação; os segundos, ao contrario, são susceptiveis de indemnisação, e neste sentido a jurisprudencia tem admittido muitas vezes a acção respectiva contra o Estado.^{90.d}

Em uma decisão da Côrte de Cassação de Florença, 9 dezembro 1879, se disse:

E' riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza il principio di diritto pubblico assunta dalla sentenza, che si debbono distinguere i danni che ti governo inferisee alla proprietá dei suoi cittadini negli apparecchi di difese militare, da quelli, che le proprietá dei cittadini patiscono nelle belliche conflagrazioni, *in causa belli*. I primi avvengono per risoluzione dei governo, che li reputa necessari *in communem utilitatem*, e però debbono es ser e risarciti dal pubblico erario. All'oppostoi secondi danni sono l'effetto dei caso fortuito, della forza maggiore, che il governo, con la sua autoritá e la sua forza, non giunge ad impedire, et nocent dominis. I primi danni sono effetto di espropriação per pubblica utilita, e vanno compresi nella generale disposizione dei paragrafo 365 del codice civile austriaco: "Quando l'utilità pubblica l'esiga, deve ciascun membro dello Stato cedere anche la sua piena proprietá contro una conveniente indennizzazione. Ben distinti dai primi sono i danni di guerra, per compenso dei quali non é data azione giudiziaria, ed

^{90.c} As indemnisações devidas por motivo de servidões militares estão também previstas em lei, e Armadas por decisões da jurisprudencia.— Vide: Vittore Vitali, loc. cit., n. 300 sg.

^{90.d} P. Mazzoni, *Inst. de dir. civ. italiano*, t. 4º, p. 154.—C. C. Florença 15 dezembro 1879; C. C. Roma 25 fevereiro e 18 abril 1880; C. C. Torino 8 janeiro 1876.

invece é stabilito nel paragrafo 1044 dello stesso codice, che le determinazioni saranno prese dalle autorità politiche á norma di speciali regolamenti.^{90.e}

Nos diversos considerandos das suas decisões, as cortes tem procurado distinguir com criterio o que se deve entender por actos preparatorios e por actos de guerra ou de força maior, afim de decidir os casos occorrentes d'accordo com a regra estabelecida. Neste intuito a Côrte de Cassação de Roma:

“Mentre le armi tacciono, e non sovrasta pericolo di guerra, non si tratta dei caso di forza maggiore, che ognuno deve sopportare senza diritto di domandarne rinfranco ad alcuno. Che in quella vece, quando nella previsione piú o meno lontana di ostilità future, per aggiustare il terreno alie piú gagliarde ed efficaci difese, viene sgombrato tutto intorno alie fortincazioni, al fine di allargare la visuale e togliere ai nemici ogni possibile riparo contro l'azione delle artiglierie, si ha il caso di una vera espropriazione forzata per causa di pubblica utilitá, secondo che i principii dettano, la ragione persuade, e la dottrina ha riconosciuto, avvalorata da una giurisprudenza costante. In siffatti casi i privati devono cedere le loro proprietá, locché equivale sopportare i danni che per ragioni di pubblica utilitá si sono apportati; ma il governo, come rappresentante della societá civile, che ne risente i vantaggi, deve ai privati medesimi la rifazione in pecunia, nella proporzione corrispondente ai danni da loro sofferti. Ciò vuole il principio assoluto della giustizia, su cui unicamente possono reggersi le societá civile; ed esso non permette che l'interesse ed il diritto dei singoli sia immolato ali, interesse ed utilitá universale dello Stato senza corrispondente rinfranco. Quindi i privati che hanno sofferto danni ed espropriazioni nelle circostanze indicate, acquistano un vero diritto civile, la cui azione deve spiegarsi per essere fatta valere innanzi ai tribunali ordinari.”^{90.f}

^{90.e} Cf. Lomonaco, *Delle obbligazioni*, t. I, p. 292.—C. C. Roma 17 dezembro 1880 e 3 julho 1883.

^{90.f} C. C. Roma 13 abril, e 17 dezembro 1880, 22 janeiro 1881; C. App. Torino 4 julho 1876; C. C. Torino 6 julho 1877; C. C. Florença 15 dezembro 1870. Quando os danos são ocasionados *na guerra, actual, flagrante*, a tendencia da Côrte de Cassação de Roma tem sido a de negar o direito á indemnisação, quer os actos damnificantes, (incendios, depredações, etc.) venham da parte das forças do governo, quer das do inimigo.—C. C. Roma 30 junho e 8 julho de 1884.—Apud Ricci, *Delle Obligazioni*, ns. 290-291. Sobre os danos de guerra é tambem de ver: Vittorio Vitali, ob. bit., ns. 32-39.

— Pelo que respeita ás requisições militares de qualquer especie, seja feitas pelas tropas legaes, seja pelas forças do inimigo, durante a marcha da guerra, a mesma Côrte as tem considerado igualmente, como actos de força maior, e portanto, não resarciveis pelo Estado.—*“Rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum, a nullo praestantur”* (Dig. 50, 17, 24).^{90.g}

79 c. — *Actos de policia ou de segurança publica em geral.* E' cousa fora de duvida que, uma vez acceita a *distincção* entre actos de *poder* e de *actos de gestão*, os da policia devem pertencer á primeira destas categorias; porque nelles se revela talvez mais, do que em nenhuma outra especie de actos, a autoridade discricionaria dos funcionarios do Estado.

No entanto, isto que se diz, tem a sua applicação, como regra geral, em se tratando de actos de policia, que entendam: com a garantia das pessoas e da propriedade particular, — com a defesa das instituições, — com a manutenção da ordem,— com a vigilancia sanitaria ou com outras medidas necessarias a remoção ou extincção de males, perigos e calamidades occorrentes, que affectem ao bem publico ou geral da população. São actos, que tem por fim a segurança individual ou collectiva; consequentemente a irresponsabilidade do Estado a respeito dos mesmos tem sido reconhecida pelos tribunaes italianos, como, aliás, succede na mor parte dos outros Estados.

^{90.g} Vide: C. C. Roma 17 maio 1886. “Na Italia, diz Mantellini, como na mórparte dos povos civilizados, se admittia a theoria de Vattel, que distingue o damno do inimigo,— *incursus hostium*—, tido por fatal, do damno dos nossos; esto tambem se tem por fatal, quando se da na *conflagração* da luta—*nell’urto bellico*; é, porém, reputado uma figura da desapropriação por utilidade publica, quando o damno é premeditado, como preparatorio de defesa militar...O mesmo se deve dizer das *requisições*, as quaes, quando feitas pelo inimigo, são *rapinas*, e por isto fataes, ao passo que, quando feitas pelo amigo, são *fornecimentos*, que aguardam o pagamento do seu preço.—Op. cit., p. 79.

Entendesse que a autoridade publica, executiva ou policial, nos casos suppostos, precisa ter inteira discríção; portanto o seu acto não deve ser, no momento, obstado por nenhum outro poder estranho, nem aquella responder posteriormente pelos damnos causados, a não sêr, em casos excepçionaes declarados na lei.

Mantendo esta doutrina, no caso de uma *abertura* mandada fazer pelo governo no paredão de um dique para o fim de evitar uma inundação imminente, a Côrte de Cassação de Roma se exprimira pelas seguintes considerações:

"Apparisce manifesto, che il provvedimento dei governo, ordinando il taglio della'rgine sinistro della Fossa Polesella, fu determinato dalla forza maggiore delle cose, ed ebbe il fine non già di liberare alcuni dalla inondazione a danno di altri, ma di prevenire la rottura violenta della stessa Polesella che fatalmente era imminente per forza irresistibile delle acque, facendo sì che lo scolo più lento e meno abbondante di queste arrecasse danni minori di quelli che avrebbe certamente patito dalla inevitabile inondazione il territorio sottostante all'argine sinistro della Polesella, nel quale territorio giacciono i fondi dei ricorrente...Imperocchè non può mettersi in dubbio, come lo stesso attore giammai ha negato, che il governo non poteva rimanere inerte dinanzi ad un disastro che in vasta proporzione minacciava cose e persone di parte considerevole della società da essa retta ed amministrata; ed era suo diritto e suo dovere di provvedere a che il disastro della inondazione avesse il minor possibile effetto dannoso. Ora dovendo ciò fare per sua missione politica ed amministrativa, esso puré era chiamato dalle leggi, in quel caso disastroso come in quelli di guerra, a giudicare con l'aiuto delle nozioni tecniche dei suoi agenti quale era lo stato delle cose e quale il provvedimento più idóneo e più opportuno a diminuire i danni che la forza maggiore tendeva a produrre inevitabilmente e non già presumibilmente, alie cose ed alie persone. Il qual giudizio che competeva all'autorità amministrativa, non può essere sotto posto a critica e ri formato dall'autorità giudiziaria, aprendosi un mezzo istruttorio per rivedere qual era lo stato di quella inondazione, se era fatale la rottura violenta della Fossa Polesella e se era conveniente il taglio deirargine della medesima, e contraddicendosi a quanto era accertato competentemente e tecnicamente dall'autorità amministrativa. Sicché in questo speciale caso della disastrosa inondazione di cui é esame, la base di fatto da cui si vorrebbe far discendere la responsabilità giuridica dei

governo per il taglio dell'argine sinistro della Fossa Polesella, non può essere giudizialmente mutata da quella risultante dagli atti amministrativi, come è stato di sopra riferito.

Considerando che dovendo rimanere ferma questa base di fatto, la domanda dell'indennità dei danni che è stata spiegata dal Casazza contro il governo, si mostra destituita di qualsiasi fondamento giuridico, in vista del quale potrebbe essere incardinata nella competenza giudiziaria. Imperocché ammessa pure la teoria larga della Corte di merito, quella di dire che l'atto del governo, emanato anche in casi di urgenza, sia *jure gestionis*, sia *jure imperii*, possa dar ragione di rivalsa o di indennità, di danni, quando esso abbia avuto l'effetto di diminuire il patrimonio del privato da restarne leso il suo diritto civile, nel concreto caso di cui si ragiona, la petizione del Casazza manca di ogni titolo giuridico sia per la colpa aquiliana, sia per disposizione di proprietà privata in caso di pubblica utilità o di pubblica necessità, a senso della legge d'espropriazione per causa di pubblica utilità, o a senso dell'art. 7 della legge sul contenzioso amministrativo. Difatti il fatto del governo, consistente nell'ordinare il taglio dell'argine sinistro della Fossa Polesella, determinato dalla forza maggiore della inondazione, per diminuire il danno che indubitalmente avrebbe prodotto se fosse stata lasciata a se stessa, essendo stato un provvedimento dato legittimamente e per forma e per attribuzione, esclude ogni idea di colpa aquiliana; e non avendo in alcun modo disposto della proprietà del ricorrente, quando si provveda che questa proprietà immancabilmente soggetta a inondazione, ne avesse sofferto il minor danno possibile, proveniente dalla forza maggiore, si mostra tale da escludere ogni ragione di indennità per l'art. 7 della legge sul contenzioso amministrativo, o per legge di espropriazione per causa di pubblica utilità. Sicché l'atto del governo non avendo potuto avere nel caso alcun effetto lesivo del diritto di proprietà del ricorrente, rende va improponibile l'azione del danno.^{90.h}

79 d. — Não obstante, porém, os pontos firmados na decisão supra, se tem admittido em decisões posteriores, que mesmo contra um acto, legitimamente executado por autoridade administrativa no uso de *poder* ou direito de *imperio*, se pode propor acção para haver a justa indemnisação, quando o acto da administração *restringe* ou *supprime* o

^{90.h} C. C. Roma, 20 julho 1886.—Cf. C. C. Florença 11 novembro 1873,—caso Conversini; C. E. 22 julho 1871,—caso Gherardi.

direito de propriedade, da, qual o lesado se ache no goso com inteira observancia das leis e regulamentos. Assim se decidiu, com effeito, no caso do fechamento e destruição de um theatro de madeira, ordenado pela autoridade, como medida de segurança publica. Servira de razão á medida tomada o incendio occorrido em um outro theatro de igual contrucção; mas a Côrte, embora não desconhecesse que o acto da autoridade fora legitimo, entendera juntamente que o dono do theatro tinha neste uma propriedade perfeita, conforme a lei, e que, portanto, devia ser indemnizado do damno soffrido.^{90.i}

— Entretanto, no caso da detenção de um individuo suspeito de alienação mental e da guarda dos bens delle, por ordem da autoridade publica, fora declarada a irresponsabilidade do Estado; fundando-se a Côrte de Appellação de Lucca nas seguintes razões, certamente dignas de especial attenção:

Attesoché l'operato degli agenti di pubblica sicurezza in relazione ai caso dei giovane studente Luigi Mediei, ossia l'arresto e l'associazione di lui alle stanze di osservazione dei R. ospedale di Piza, non ché l'assicurazione, la provvisoria custodia e la successiva consegna a chi di ragione dei valori ed oggetti trovatigli indosso e ai domicilio, costituiscono altrettanti *atti di auotritá e di impero* posti in essere in un generale interesse, e rientrano tra le funzioni di polizia o di governo, specialmente contemplate dall' art. 9 della vigente legge sulla sicurezza pubblica, che loro impone de vegliare all'osservanza delle leggi e ai mantenimento dell'ordine pubblico, di prevenire i reati ed a far opera per sovvenire a pubblici ou privati infortunii, uniformandosi a tale scopo alle leggi ed agli ordini dell'autoritá competente.—Attesoché invano a torto si sostenga dall'attore signor Nicoló De Mediei che funzioni politiche e di governo fossero soltanto i provvedimenti stati presi relativamente alla persona, e non quelli riguardanti le cose di proprietá del demente, in ordine ai quali ultimi debba dirsi verificata invece la gestione, e quindi incorsa la civile responsabilitá dello Stato, imperocché onde ci abbia atto di gestione, anzi che d'impero sia necessario che l'interesse patrimoniale dello Stato formi lo scopo nico e preeminente dell'atto posto in essere dai snoi funzionari, e non ne sia ai contrario l'eventuale indiretta

^{90.i} C. C. Roma 18 Abril 1899.

passiva conseguenza. Così essendo, senza ragione s'invocano dallo stesso attore De Mediei in appoggio del proprio assunto le decisioni della Corte de Cassazione di Roma dei 22 julho 1876 e 28 março 1881 intorno alle merci sequestrate per sospetto di contrabbando e nelle quali venne animessa la responsabilità dello Stato per la mala custodia delle merci nei magazzini d'amministrazione doganale, poiché quel supremo collegio ben fu cauto di dichiarare, in speciale nella seconda di dette decisioni, che intanto ammetteva quella responsabilità, in quanto che le funzioni che lo Stato compiva per mezzo dell'amministrazione doganale, col ritenere in deposito nei suoi magazzini gli oggetti di contrabbando sequestrati, erano atti di gestione, perché sempre in modo prevalente ed assorbente avevano in mira la garanzia dell'interesse patrimoniale dello Stato.— Atteso che del pari senza fondamento si voglia dal Mediei affermare che se nel caso non vi fu gestione nell'interesse dello Stato, vi fu gestione nell'interesse del privato, per la ragione che gli ufficiali di pubblica sicurezza, e per mezzo loro lo Stato, ricevono un deposito necessario ai termini dei disposto degli articoli 1864 e 1865 del vigente codice civile, per cui rimasero obbligati in forza dell'articolo 1856 a restituirlo a chi aveva l'amministrazione dei beni del deponente, il quale, atteso l'avvenuto cambiamento di stato prodotto dall'interdizione, aveva perduto dopo il suo deposito l'amministrazione dei beni. A prescindere prima di tutto essere un assurdo il ritenere che per l'esercizio di funzioni politiche e di governo lo Stato ed i suoi funzionari possono entrare in rapporti contrattuali coi privati, e che un atto d'impero si trasformi in atto di gestione per questo solo perché vi si trova comunque implicato un privato interesse, è decisivo poi il rilevare come il deposito necessario sia un vero e proprio contratto che ha bisogno, alla pari del volontario, dell'essenziale estremo del consenso, il quale se in questo è spontaneo, in quello è coatto, e nel caso di manifestazione di consenso non può concepirsi intervenuta fra un demente da un lato e funzionari di pubblica sicurezza dall'altro, adempienti ad un rigoroso dovere di ufficio, e non obbligati a custodire depositi di veruna legge speciale.^{90.j}

79 e. — *Actos de policia sanitaria.* Os actos sobre a hygiene publica, embora damnificantes da propriedade privada, mas praticados segundo ás necessidades evidentes do serviço, são considerados pela jurisprudencia, como medidas de *alta tutela da saude publica*, a dizer,

^{90.j} C. App.Lucca 18 abril 1882.—Apud Ricci, ob. cit., n. 307.

verdadeiros actos de *imperio*; portanto, não dão ao prejudicado o direito de pedir indemnização alguma contra o Estado.

Todavia, a esse respeito cumpre attender: em primeiro lugar, que essa irresponsabilidade, reconhecida pela jurisprudencia, presuppõe a ausencia de abusos graves ou de excesso de poder na execução das respectivas medidas; depois, que se trata tão somente de danos resultantes ou inherentes aos proprios *actos* ordenados em si mesmos, e não, de outros sacrificios, impostos conjuntamente á propriedade alheia. Queremos dizer, os simples prejuizos, soffridos de uma medida sanitaria, não dão direito á indemnização alguma; mas si, para os fins ou misteres da medida empregada, fôr necessario damnificar uma propriedade particular, occupal-a durante um certo tempo, ou desapropriar - a no todo ou em parte, o Estado poderá sem duvida assim fazel-o, prescindindo mesmo, segundo as circumstancias, de dadas formalidades legais,— sujeito, porém, em casos taes, a prestar a indemnização devida pelo damno que fôr causado. O principio regulador, na hypothese, é o mesmo da desapropriação por necessidade ou utilidade publica em geral:

“nel caso, cioè in cui l’uso e il godimento della privata proprietà passa dal privato nel público, si a Stato, provinda o comune, coll’obbligo di soddisfare una indennità corrispondente ai valore di quell’uso e godimento che fu tolto al privato (cod. civ. art. 438); colla sola differenza fra i casi ordinari di espropriazione per pubblica utilità, e le ocupazioni ordinate per urgente interesse pubblico, che per procedere a questa non si richiède l’oservanza delle forme dalla legge stabilite per quelle.”^{90.k}

Semelhante responsabilidade só deve cessar numa circumstancia: quando, porventura, a coisa damnificada ou destruida for, ella propria, *a causa do mal* contra a saude publica; porque seria manifestamente contradictorio, que o poder publico tivesse a obrigação de indemnizar a perda de coisa, “que a lei, não só, não garante, mas, pelo

^{90.k} Vide: C. C. Roma 25 maio de 1886.

contrario, proíbe”^{90.l} Aqui, ao “*jus utendi et abutendi*” se contrapõe, como correctivo, o preceito “*neminem laedere*”.

A este proposito tambem se lê em Mantellini:

“Nas providencias de segurança e hygiene tomadas pela autoridade competente e na forma estabelecida nas leis, póde caber responsabilidade ao funcionario que as ordenou ou dispôz; nunca, porém, em nenhum caso, debaixo de qualquer razão ou pretexto, terá logar a responsabilidade civil do Estado. Poderá, mesmo, haver nisso uma responsabilidade politica deste; civil, jámais”.^{90.m}

Não precisamos advertir, que o citado autor, segundo a doutrina que professa, estende por demais a irresponsabilidade do Estado; não sendo por forma alguma de admittir, na hypothese, essa distincção, entre responsabilidade *politica* e responsabilidade civil do Estado, para chegar ao fim que o mesmo pretende.

79 f. — Obras Publicas. Com relação aos danos provenientes de obras publicas, ou estes se dêem no simples acto de execução das mesmas, ou como consequencia das construcções feitas, a jurisprudencia tem sido no sentido de reconhecer a responsabilidade do Estado, isto é, de obrigar - o a prestar a indemnisação conveniente. Servem de exemplo os casos seguintes:

1) Feito o abaixamento dos paredões marginaes de um canal publico, e disto provindo a inundação das propriedades visinhas,—não

^{90.l} C. C. Roma, 18 de junho de 1883 e 14 de novembro de 1889.—Cf. C. App. Florença 18 fevereiro 1867 (fechamento de estabelecimentos Insalubres); C. C. Roma 25 maio 1886 *in fine*.—Apud Ricci, loc. cit., ns. 294, 296 e 308.

^{90.m} Mantellini, ob. cit., p. 84-85. Este autor cita a respeito alguns julgamentos, em que fora condemnado, não o Estado, mas o autor do facto, taes como: *a*) um engenheiro civil pelos danos causados com a destruição arbitraria de plantas (C. C. Bruxellas 31 de julho de 1845); *b*) um official sanitario pela morte de um animal, erradamente declarado, como soffrendo de mal contagioso (Trib. Liéges 30 abril de 1846); *c*) o director dos cárceres por ter dado fuga a um devedor detento (T. Bruxellas 2 agosto de 1848); *d*) o guarda dos carceres por ter deixado escapar um detento (C App. Florença 10 de julho de 1849); *e*) um official da segurança publica por ter feito uma detenção arbitraria (T. Bruxellas 13 agosto de 1848), etc.—Cf. Meucci, ob. cit., p. 305, sg.

obstante as disposições da lei, que haviam autorizado o governo para assim fazer - o, a Corte de Cassação reconheceu á parte lesada o direito de indemnisação; fundando-se , além de outras razões, na de que a propriedade particular fora occupada *temporariamente* (durante o escoamento das aguas) sem se haver dado na especie o caso caracterisado de força maior.^{90.n}

2) Do mesmo modo se tem decidido que, si, em consequencia de obras executadas nas ruas e praças publicas, resultar damno aos edificios particulares fronteiros, assiste aos proprietarios destes o direito de uma justa indemnisação; merecendo ser mencionadas as razões, que numa das especies sujeitas, foram adduzidas pelo tribunal, ao tomar em consideração as duas escolas diferentes a proposito da materia:

“L’una sostiene non competere ai privati, e in nessun caso, il resarcimento dei danni cagionati alle loro proprietà immobiliari dai innovazioni fatte sulle vie o piazze pubbliche, argomentando dalla pienezza delle facoltà di disporre di tali beni, spettanti allo Stato, alle Provincie, al Comune. Per tal pienezza di facoltà la Pubblica Amministrazione *damnum non facit* pel noto aforismo della legge 151, Dig. *de reg. juris*.

La contraria scuola invoca essenzialmente l’equità naturale riconosciuta dalla legge sull’ espropriazione per causa di pubblica utilità e, se nelle altre argomentazioni ene non é qui acconcio riferire si suddivide, é però concorde nel conchiudere che al fronteggianti sulla pubblica via è dovuto il resarcimento non dei danni minimi e passeggeri, ma dei danni gravi e permanenti. A quest’ ultima opinione accede non solo per le ragioni che si possono desumere dalla naturale equità, ma anche per quelle che risultano dall’indole stessa del diritto speciale, a cui sono soggetti i beni destinati al pubblico uso nelle cita e nei villaggi. Che la naturale equità assista ognuno che viene a sentir danno pel fatto altrui eccedente il diritto, non ha bisogno di dimostrazione. E’ pregio dell’ opera invece Pesaminare se la pubblica amministrazione pella natura giuridica dei beni di cui si tratta, e per la loro speciale destinazione, abbia il più effrenato potere di usarne e di abusarne senza incorrere in alcuna responsabilità verso i cittadini, o se questi per la

^{90.n} Vide: C. C. Torino 28 de dezembro 1888.

natura stessa di detti beni non abbiano alia lor volta dei diritti d'uso da doversi rispettare, da non potersi senza risarcimento violare.

Rimontando alle sorgenti dei diritto, per attingere un limpido concetto della natura ed indole giuridica dei beni in quistione, è facile il convincersi che il dominio attribuito ai Comuni sui beni destinati all'uso pubblico é un dominio tutto speciale che non trova perfetto riscontro nei dominio dei privati sul proprio fondo, nè nelle leggi che regolano i rapporti di dominio fra privati. Quei beni, come li chiama Volf nelle sue Istituzioni *juris naturae*, sono *residuae primaevae communionis*.

La stessa ragione che strinse gli uomini nelle prime società, il provvedere cioè ai bisogni di ciascuno col concorso e l'aiuto di tutti, ha costituito il villaggio, la città. Prima cura di queste società primordiali fu l'ordine e la difeza, e fu così che si fecero bastioni, recinti, fossi, cimiteri, piazze e vie destinati all' uso di tutti.

La necessita dei luoghi pubblici, la cura di essi, indusse alia creazione di magistrati, che nell' interesse di tutto il governo (Domat, *Traité des lois*) provvedessero alia manutenzione di questi pubblici luoghi cui contribuiscono i cittadini in proporzione dei loro averi, o col frutto di quei beni comuni così detti patrimoniali, che anch'essi furono alle cure dei magistrati commessi. La proprietà adunque di codesti beni desitnati all'uso pubblico (secondo la lora primitiva indole) è di tutti i cittadini in di nessuno di essi; son beni fuori di commercio, affetti all'interesse del civile consorzio, soggetti solamente a quelle modificazioni che l'utile dei più, cioè il pubblico utile, richiede; non può il diritto privato regolarli colle norme comuni della proprietà e dei prossesso, ma debbono essere governati da um diritto publico e speciale, consentaneo alla loro destiuazione, a quel tácito patto pel quale i prirai occupanti entrando in società, li lasciarono indivisi quasi *res communes* necessarie alie riunioni di abitazione, come l'aria, la luce, clie sono di nessuno, ai pari necessarie perche mezzo di godere della luce e dell'aria in queir aggregazione di case e di famiglie, che si chiamano città, borghi, villaggi.

Da ciò si scorge quale sia il dominio che la legge positiva attribuisce su detti beni alio Stato, alla Provincia, ai Comune; non é un *jus proprium*, un dominio assoluto, una facoltà di usarne e di abusarne, che è la misura della prívata proprietà, ma un potere di regolarli e di amministrarli in conformità delle loro destinazioni, avendo di mira il vantaggio dei più senza l'assoluta fattura dei meno. La massima adunque *qui*

jure sito utitur nemini injuriam facere videtur, se trova nei rapporti tra privati ampia applicazione, perché il dominio dei privati è più esteso ed assoluto, non può averne altrettanta nei rapporti tra Comune e cittadini intorno all'uso di codesti beni.

E la ricognizione implicita di tali principii, desunti, come si è visto, dalla natura e dalla destinazione di codesti beni non si ricerca invano nella legge vigente.

L'art. 432 dei cod. civ. li riconobbe col disporre che la destinazione di esse beni, il modo e le condizione dell'uso pubblico, sono determinati da leggi speciali.

L'art. 22 sulla legge delle opere pubbliche, nei dichiarare che il suolo delle strade comunali è proprietà dei Comuni, si affretta a soggiungere: nell'interno delle città e villaggi fauno parte delle strade comunali le piazze, gli spazi, ed i vicoli ad esse adiacenti ed aperti all' uso pubblico, restando ferme però le consuetudini, le convenzioni esistenti, ed i diritti acquisiti.

Si ha, dunque, per ricognizione dei legislatore, che i cittadini possono avere sulle strade, piazze e vicoli comunali non solo dei diritti *civitatis*, ma anche dei diritti *uti singuli*, dei diritti acquisiti. E non poteva essere altrimenti, poichè avrebbe ripugnato a ragione ed a giustizia che i privati i quali elevano edifici fronteggianti le pubbliche vie, e costituiscono il materiale della città, assoggettandosi nelle loro fabbricazioni alle esigenze edilizie, non avessero acquisito alcun diritto e potessero impunemente venir danneggiati dalle immutazioni e novità fatte sul pubblico suolo stradale.

Ma v'ha di più: il legislatore non manca di riconoscere il conseguente diritto d'indennità spettante ai privati, disponendo all'art. 46 della legge 2 giugno 1865 in termini generici, che è dovuta un' indennità ai proprietari dei fondi i quali dall' esecuzione delle opere di pubblica utilità vengono gravati di servitù o vengono a soffrire un danno permanente, derivante dalla perdita o dalla diminuzione d'un diritto.

Posto, per le premesse considerazioni, in evidenza, che il dominio del Comune sulle strade pubbliche è un dominio speciale, non assoluto, ma a titolo d'amministrazione e di tutela nell'interesse dei più: che i cittadini hanno sulle pubbliche vie e piazze pubbliche, non sol tanto il *jus civitatis*, ma possono anche avere un *jus quaesitum*, che la legge stessa riconosce e rispetta; che il principio d'indennità ai privati per la diminuzione d'un diritto cogionato da un'opera

di pubblica utilità é dalla legge sancito, ne deriva necessariamente, facendo applicazione al caso concreto, che l'Astengo habia diritto ad una congrua indennità ogniqualevolta sia provato che dalla costruzione della tettoia sulla piazzetta delle Lavandaie un suo diritto sia stato leso, ed egli ne abbia risentito danno permanente.”^{90.o}

— Tão claras e circunstanciadas tem sido as decisões, cujas transcrições temos feito, que nos julgamos dispensados de prosseguir na citação de outros casos particulares, relativamente aos actos legais ou ordenados sem culpa por parte do Estado.

As espécies, sobre que versam as decisões alludidas, bastarão certamente, como exemplos da doutrina seguida a respeito de semelhantes actos.^{90.p}

80. — ACTOS ILLICITOS EM GERAL. E’ guardada neste ponto a conhecida distincção, entre os danos causados por actos ou factos sujeitos a um vinculo contractual, e os danos extra-contractuales, isto é, resultantes das funções publicas, por dolo, culpa, negligencia, ou impericia dos funcionarios.

I. Danos provenientes de relações contractuales. — Em todos os casos de contractos, seja para exploração de empresas ou industrias, seja para a execução de obras publicas e fornecimentos, seja sobre o deposito e guarda de valores, etc, desde que, pelo acto respectivo, o funcionario obrigar o Estado, como *contractante*, se póde afirmar que a responsabilidade deste ultimo pelos danos, provenientes de não -

^{90.o} C. App. Genova 29 março 1878. Cf. Cass. Florenza 14 fevereiro 1881; Cass. Torino 8 março 1882;—C. App. Palermo 17 março 1882;—C. App. Bologna 27 julho 1883; Cass. Roma 8 janeiro 1884; Apud Ricci, loc. cit., n. 298.

^{90.p} Dando a *integra* de algumas decisões das côrtes italianas, como ora vimos de fazel-o no texto supra, fizemol-o, não só em reconhecimento do grande valor, que hoje tem as letras juridicas dessa nação, como ainda, levado do pensamento particular, que já tivemos ocasião de manifestar noutro lugar, (Hic, p. 110, nota.*)

cumprimento ou de qualquer infracção, — é a regra geral da jurisprudencia.⁹¹

E esta regra prevalece, ou se trate de contractos propriamente ditos, ou de actos de *concessão, arrendamento*, etc., nos quaes se dê o vinculo contractual, como notadamente succede nas concessões sobre bens patrimoniaes do Estado, nos arrendamentos de agua, pesca, minas, e outras semelhantes.^{91.a}

Relativamente ás ultimas especies, se podem indicar os seguintes julgamentos:

a) Certas obras ordenadas pelo Prefeito de Ferrara nas lagunas de Comacchio, tendo prejudicado ao arrendatario da pesca (*l'affittuario della pesca*) em taes lagunas, este reclamou, e obteve decisão favoravel da Côrte de Cassação de Torino pelo danno soffrido (C. C. Torino 15 abril 1869, — *caso Gastaldi*).

b) A administração Publica não pode avocar o direito de pesca, que haja concedido sobre um rio publico, sem prestar ao concessionario uma justa indemnisação (C C. Torino 24 maio 1882).

⁹¹ “Se si tratta di contratto dell'uffiziale deputato AD CONTRAHENDUM, a nessuno mal è venuto in mente che in vigore di questo contratto non resti il fisco obligat; nè per essere la esecuzione del contratto delittuosa, o fatta dall'uffiziale con dolo e contro le leggi devesi render deteriore la condizione dei compratore, non complice dei medesimo dolo...Ma nel caso d'uffiziali deputati ad amministrazione, o deputati a qual un sivoglia genere di contratti, non v'e dubbio che il principe che li ha deputati è tenuto non solo pei loro contratti, ma anche, per ogni danno cagionato ai contrahenti dalla loro colpa e dolo, procedendosi in tali cosi con le regale dell'azione institoria...Allora giova esaminare se sia il caso di limitare l'accennata regola dell'obbligazione del preponente pel contratto o dolo del suo uffiuale,—nel caso che l'uffiziale abbia contrattato o delinquito fuori dei limiti del suo officio...”

Estes considerandos são tirados do voto de Pompeo Neri na *Florentina pretii locorum montium montis redimibilis* (31 julho 1737 e 18 setembro 1742) e que se encontra na “*Raccolta delle decisioni*” do mesmo Pompeo.—Apud Mantellini, ob. cit., p. 159-165.

^{91.a} Vide: Meucci, loc. cit., p. 262 sg. Este autor cita decisões judiciais, confirmativas da regra supradita. Cf. Chironi, *Colpa Contrattuale*, ns. 235 e notas *ibi*.

c) Quando, porém, uma concessão ou adjudicação (*d'un appalto*) se tornar incompatível com a lei do Estado ou com alguma regalia do mesmo, — ao concessionário, que fôr privado do contracto, caberá apenas o direito "*alla remissione del canone: tunc merces debetur pro rata temporis, ma non aliquid interest*". (C. App. Florença 2 setembro 1861; C. C. Florença 17 março 1863).^{91.b}

II. Danos provenientes de relações extra-contractuales. — A doutrina predominante, quanto a este ponto, tem sido, como já se disse, a de que o Estado só responde pelos danos causados na pratica dos actos de gestão, excluída a responsabilidade do mesmo, relativamente aos actos de imperio.

Mas, além de que na pratica sempre houve, em todo tempo, excepções ao preceito da doutrina geral, apparecem agora recentes decisões, que, procurando mesmo destruir a propria distincção consagrada, não duvidaram affirmar o principio, em nosso entender, unico verdadeiro na materia,—de que *onde se dá uma lesão de direito, ahi deve haver uma reparação*, sem cogitar da natureza do acto, causador da lesão.

Mais adiante se fará menção especial das decisões recentes, á que vimos de alludir; vejamos, porém, antes disto, alguns dos casos, em que o Estado tem sido declarado civilmente responsavel:

a) Por haver o Ministro do Commercio feito sequestrar, sem motivo legal, uma patente de invenção (*brevetto d'invenzione*) (C. C. Torino 30 dezembro 1871).

b) Pela subtracção de um processo feito em favor da liberdade provisoria de um individuo (C. C. Torino 20 julho 1871). Entretanto, dado o furto dos autos de um corpo de delicto, por negligencia na sua guarda,

^{91.b} Cf. Mantellini, loc. cit., pag. 67.

se declarou que o Estado não era responsável. (C. C. de Palermo 30 agosto 1872).

c) Pela recusa de mandar reabrir um moinho, depois de absolvido o industrial da pena de contravenção, que sem razão se lhe havia imposto (C. C. Torino 9 dezembro 1875, no *Foro Italiano* de 1876, p. 273).

d) Pela subtracção de sommas em dinheiro depositadas na Alfandega para despesas aduaneiras (C C. Torino 13 maio 1879).

e) Como possuidor de bens ou explorador de empresas e industrias, o Estado é considerado igual á um particular. Por isto, si para tirar agua de um seu moinho, elle faz executar obras, que privaram d'agua a um edificio hydraulico, situado na mesma corrente abaixo, deverá responder, como qualquer individuo particular: — *“attesoché avea lo Stato in questo caso agito come privato e non in virtu dei suoi poteri d'amministrazione, e d'alta tutela mi corsi d'acqua...”* ^{91.c}

f) Si uma via publica ou estrada, cuja construcção ou conservação pertence á Administração Publica, achar-se em estado perigoso para as pessoas ou cousas que por ella transitam, dita Administração, seja o Estado, a Provincia, ou a Communa, responde pelos danos causados (C. G.Florença 10 fevereiro 1890). — O damno na especie decidida se dera por motivo da rotura das taboas de uma ponte na occasião, em que pela mesma passavam carros de particulares; tendo sido condemnado á Communa a pagar a indemnisação pedida.

g) Si da construcção defeituosa de um palco pertencente á uma Communa resultar alheio damno, ella deve a justa indemnisação do mesmo.—Tal fora a decisão da C. de Cassação de Florença (27 junho

^{91.c} Os autores italianos citam precisamente a respeito, como de boa doutrina, a decisão da Côte de Cassação de Paris de 23 abril 1844 (*Sirey*, 44, 1-712).

1889) pelo accidente soffrido por um actor durante o espectaculo; declarando-se na citada decisão, que o acto do Syndico reputa-se acto do Conselho Communal.

h) No caso de danos de projectis, sahidos da linha de tiro, organizada pelo governo para a instrucção dos soldados ou cidadãos, foi tambem reconhecida a responsabilidade da administração; dizendo-se nos considerandos: A organização da linha de tiro presuppõe a construcção de um anteparo para o *alvo*, capaz de conter o projectil na sua força, o, consequentemente, fora da possibilidade de offender as pessoas ou a propriedade alheia. E pois, desde que o anteparo não se achar nestas condições, e por isso os projectis sahidos vão offender aos individuos pessoalmente ou damnificar as suas cousas, aos lesados compete o direito de pedir a indemnisação do damno soffrido (C. App. Torino 21 janeiro 1889, e 10 março 1891).

i) Por haver o syndico municipal feito sequestrar um cavallo e carro de praça durante maior tempo, do que a lei autorisara, foi a fazenda municipal condemnada á prestar indemnisação, não obstante o sequestro se ter dado nos casos, que a mesma lei o admittia (C. C. Florença 16 janeiro 1902).^{91.d}

^{91.d} Damos em seguida a integra desta decisão, na qual a distincção dos actos de imperio e gestão foi posta inteiramente de lado. Na sentença de primeira instancia (Tribunal de Pisa) se disse: “Não se póde duvidar que a responsabilidade indirecta do art. 1153 do cod. civ., relativa ao *vincolo institorio*, convenha á Communa, como a qualquer outro ente publico. As administrações publicas devem indubitavelmente responder pelos actos dos seus representantes, seja que elles tenham causado damno era obrigações contractuaes, ou de outro modo.—”*Nè é il caso di seguire la troppo vaga eperkohsa distinzione tia atti d'impero ed atti digestion, non essendovi alcuna ragione di escludere la responsabilità della amministrazione per gli atti di impero quando siano arbitrarii ed illiciti*”—A unica indagação a fazer é, ao contrario, a de verificar si o acto praticado pelo funcionario seja:—*licito*, isto é, fundado em disposições de lei ou regulamento;—*discrionario*, isto é, cabivel na esphera discrionaria que a lei e os regulamentos deixam á administração;—ou *illicito*, isto é, consistente em uma violação das normas juridicas administrativas, estabelecidas nas leis e regulamentos. No primeiro e segundo caso, nenhuma responsabilidade póde recair nem sobre o funcionario nem sobre a administração; no terceiro caso, pelo contrario, a administração deve responder pelo acto illicito sem distincção entre actos de imperio e actos de gestão. E' o que resulta do

j) Igualmente por haver o syndico municipal mandado demolir uma carvoaria, *concedida por arrendamento*, mas declarada prejudicial á saude publica pela autoridade sanitaria, foi a fazenda municipal obrigada á responder por perdas e danos; visto a fabricação do carvão não se achar incluída no elenco das industrias insalubres segundo o respectivo regulamento (C. App. Napoles 18 abril 1902.)^{91.e}

proprio art. 2º da lei de 20 março 1865, *allegato-E*, sobre o Contencioso Administrativo, onde, como dispositivo geral e illimitado, e em relação cora outro do successivo art. 4º se affirma,—que a administração publica póde ser chamada a juízo, toda vez que se questione da *lesão de um direito*, quer civil, quer politico. No caso presente se tem em primeiro lugar um acto *illicito e lesivo*, commettido pelo funcçionario ou por funcçionarios propostos a policia municipal de Piza, e consistente em se ter illegalmente detido, além do termo marcado no regulamento, o carro e o cavallo sequestrados...Em sogundo lugar, nos funcçionarios da policia municipal concorrem todas ás condições exigidas do vincolo institorio em respeito á Communa: ha um mandato estavel, um cargo a exercitar em nome da Communa *committente*, e uma ordem hierarchica sob a fiscalisação directa das supremas autoridades *autarchicas* da Communa. Em terceiro lugar, é indubitavel que o acto illicito fora commettido pelo inspector da policia municipal no exercicio das suas funcções. E' evidente que, em vista do art. 1153, 3º do cod. civil, as administrações publicas, como os particulares, não podem responder por actos de seus funcçionarios, praticados fora das faculdades que lhes conferiram, não se dando em taes casos a relação de mandato. Mas quando o acto não pecca por incompetencia, e sim somente por excesso, irregularidade ou (ilegitimidade, estando, todavia, o funcçionario autorizado a pratical-o,— a administração fica, sem duvida, obrigada pelo mesmo. Ora, si é certo que *"il fare contravenzioni e sequestri e il prendere misure disciplinar i in mataria di vetture pubbliche neutra nlla esclusiva competenza dell'ufficio di polizia minicipale,"* tambem não é menos que —*"l'atto della illicita protrazione di sequestro avvenuto in danno...deve ritenersi commesso da qul'ufficio nell' esercizio delle funzioni affidate dal comune"*.—Nem se póde objectar validamente que, no caso, tendo havido culpa da parte do lesado, a culpa deste elide a da administração conforme o principio: *qui occasionem danni dat causam danni praestitisse videtur*. O facto illicito do lesado (desobediencia á ordem da autoridade respectiva) dera causa, é verdade, ao sequestro, mas não, ao prolongamento deste além do prazo regulamentar; excedido este, o lesado tinha direito a restituição dos seus objectos; o facto do prolongamento excessivo se deve imputar exclusivamente á culpa da policia municipal. Do contrario, se teria do affirmar, que a administração podia protrahir, ao seu arbítrio, os prazos da lei, as providencias coercitivas, embora tomadas em prejuizo dos cidadãos..."

Taes foram os fundamentos, em que se baseou a decisão, para condemnar a fazenda municipal, como se disse acima no texto.

^{91.e} Nesta decisão tambem se sustentou doutrina, que por certo nao confere com a regra geral da "distincção dos actos", como se vae vêr: "Avrebbero dovuto, invece, i primi giudici considerare che quando puré il sindaco di Barra avesse agito jure imperii e non JURE GESTIONIS e come cupo dei Municipio, la potestà degli uficiali dei governo acendo forza dalla legge non si estende oltre i limiti della stessa e perciò, ove manchi la legge, cessa lo impero t subentra l'arbitrio che fa rispondere dei danni cagionati. Le ordinatize del sindaco di Barra, come sopra ri è detto, non erano fondate in legge, e non possono godere della garentia amministrativa, ma conte lezione di un diritto privato obbligano pel risarcimento pel principio generale di giustizia consagrato nell'art. 1151 C. C. Il sindaco

k) Tratando-se de mercadorias entradas nas alfândegas, embora ahi retidas pela falta do pagamento dos impostos, a responsabilidade do Estado é completa, no caso de deterioração ou desaparecimento das mesmas; visto tratar-se, na hypothese, de simples gestão patrimonial (C. C. Napoles 1 dezembro 1875; C. C. Roma 25 fevereiro 1748, e 25 março 1881).^{91.f}

l) Mas, em materia de contrabando, isto é, quanto aos actos de sequestro e outros praticados, como meios de prevenil - o, a jurisprudencia seguida é em favor da irresponsabilidade do Estado; visto tratar-se de acto de imperio (C. C. Roma 31 julho 1876; C. App. Ancona 15 dezembro 1877; C. C. Roma 11 janeiro e 7 de maio 1877, 25 fevereiro 1878, e 17 fevereiro 1881).^{91.g}

m) Com relação aos depositos da *"Cassa dei depositi e prestiti"* em particular, a Côrte de Appellação de Brescia condemnára (6 março 1877, caso Morétti) a *"Caixa"* a entregar os valores, e o *"Debito Publico"* a dar os titulos, de que o respectivo funcionario se havia

per l'art, 151 della legge com munais e provinciais può adottare i provvedimenti contingenti ed urgenti che derivano dai suoi poteri tanto quale capo dell'amministrazione comunale, che quale ufficiale del governo, giusta gli art. 149 e 150 della detta legge; dai così concreti può stabilirsi in quale qualità abbia agito. Le surriferite ordinanze del sindaco di Barra sono state emanate nella orbita degli interessi locali, accennandosi a reclami degli abitanti del palazzo Bisignano ed al regolamento locali di polizia urbana; perciò avendo agito quale capo rappresentante del Comune, le conseguenze gravano sullo Erario municipais, essendo consentaneo á giustizia che chi si giova del fatto del suo rappresentante risenta anche i danni del costui operato: "ab ordine elechis, experiri potest...per syndicos hac omnia solent explicari (L. 6 § 1° D).—Quod cujusque universitatis nomine vel contra eam agatur". Il che trova tanto più applicazione nell'attuale sistema del sindaco elettivo creato dal voto della maggioranza degli elettori che stabiliscono la rappresentanza della comunità.—"Sicut comoda sentimus ex actu institutum aequum est ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri" (L. 1 D. de inst. act.).—Apud Solari, ob. cit., p. 16-18.

^{91.f} Ricci, loc. cit., n. 309; P. Mazzoni, ob. cit., t. IV, p. 154, *notas*.—Numa decisão antiga do Trib. Civil de Florença (3 fevereiro 1855, caso Dini) se dissera: *"o la merce é mancata senza dolo o colpa dei eustodi, e resta estinta ogni azione ed obbligazione respectiva, o é mancata pel dolo e la colpa lata di essi custodi e la dogana non é tenuta a nulla, secondo le massime di ragione, che l'Erário dello Stato o del Principe non è responsabile del fatto illecito dei ministri"*. Apud Mantellini, ob. cit., p. 186. Não é, porém, esta a doutrina seguida pela jurisprudencia italiana.

^{91.g} Vide: Mantellini, loc. cit., p. 115 ; Cf. Ricci, loc. cit., ns. 305-306.

apropriado. Mas, sob o fundamento de se ter provado, que a parte não tinha cumprido inteiramente com as disposições regulamentares nos actos concernentes á entrega dos titulos (*la consegna non risultasse effettuata nei modi e secondo le forme dei regolamenti*), a Cassação de Torino annullou a sentença da Côte de Brescia (8 novembro 1878). Uma decisão da Côte de Cassação de Roma (25 junho 1878, *caso Topi*) absolveu também a *Caixa* no caso de um furto de dinheiro levado á Thesouraria,—baseando-se no principio geral, de que o proponente não responde pelos delictos do preposto, assim como na consideração particular, de que o depositante entregara o dinheiro a um outro funcionario, que não o proprio thesoureiro.^{91.h}

^{91.h} Pela sua importancia damos aqui os fundamentos da decisão supradita: "*Decisione della Cassazione di Roma nella Causa Topi, pubblicata all'udienza del 25 giugno 1878; F. Bonasi estensore*".—"La responsabilità del preponente, come lo si è superiormente avvertito, riposa sulla presunzione della colpa di lai di avere scelto una persona incapace, imprudente o disonesta, per affidarle un determinato incarico. La responsabilità non potendo eccedere i limiti della colpa, è quindi necessariamente circoscritta ai casi nei quali il preposto abbia agito in forza della scelta che il preponente ha fatto cadere sopra di lui. Tutti gli abusi pertanto che il preposto commetta nell'esercizio delle funzioni affidategli quand'anche raggiungano gli estremi di um reato, ricadono per le couseguenze civili sul preponente, avendo la loro radico nella scelta; ma per laragione inversa il preponente non può mai essere chiamato a rispondere dei fatti commessi dal preposto all'infra di sfera d'azione che colla scelta gli era stato assegnata. E se in nessun caso è licito preterire da questo criterio nel quale è riposta la ragione della legge, meno che mai è permesso di farlo a proposito di un reato avvegnachè se la legge ha voluto spingere il rigore fino a sottoporre il preponente ai danni causati dal reato commesso da un terzo in base a d'una colpa meramente presunta, non può il magistrato aggravare la disposizione allargando la presunzione della colpa ai di-là dei limiti entro i quali è dalla ragione non meno che dalla legge circoscritta.—La distinzione adottata dalla Côte deriva dalla confazione che essa ha fatto della teorica del mandato con quello della preposizione, ed implica un doppio errore. Nella ipotesi del fatto lecito la Corte infatti ritiene il preponente responsabile in quanto il preposto abbia agito nei limiti precisi della commissione, sicchè lo fa rispondere del fatto proprio in virtù del mandato e ai termini dell'articolo 1151, mentre pretende di applicare l'articolo 1153: nella ipotesi del reato lo fa rispondere bensì del fatto altrui ai termini dell'articolo 1153: ma sostituendo nn criterio vago ed arbitrario alla condizione netta e precisa stabilita dalla legge.

D'altra parte occorre appena avvertire come sia erroneo il ritenere che il proposto non possa mai delinquere senza uscire dall'esercizio delle-incombenze affidategli. Di delitti comessi dal proposto nella cerchia delle sue attribuzioni si possono addurre esempi flagranti, senza uscire dalla ipotesi dei pubblici funzionari, anzi dalle funzioni precise intorno alie quale-si controverte.

Se infatti il tesoriere riscote una somma della quale la legge gli delega la esazione, ma invece di versarla nella cassa la converte in uso-proprio; si il controllore nell'esercitare il sindacato che gli è affidato dissimula le irregolarità della gestione dei

n) Entre as questões sobre a responsabilidade civil do Estado nenhuma occupára mais a attenção dos tribunaes judicarios da Italia, do que a de saber, si elle é, ou não, responsavel pelas sommas pecuniarias e titulos de credito, depositados em mão do chanceller (funccionario da justiça) para a satisfação de custas e outros misteres de ordem judiciaria, e para o pagamento de direitos ou taxas fiscaes. A julgar pela lição dos autores, a doutrina prevalecente nas decisões seria a da irresponsabilidade do Estado, nos casos de subtracção ou desvio dos depositos referidos.^{91.i} Mas, examinadas as decisões partícules, destas se verifica que os tribunaes admittiram as seguintes distincções: 1) Em uns casos se affirmara a responsabilidade do Estado, partindo simplesmente da natureza do deposito sem tomar em consideração o seu fim especial, sendo o funccionario, recebedor do mesmo, encarado como verdadeiro agente da fazenda publica; 2) Em outros casos se entendera, ao contrario, que o funccionario, recebendo o deposito por dever de officio e por disposição da lei, e não por encargo do poder executivo, devia elle

tesorière per agevolare le sottrazioni; delinquono senza dubbio nell'esercizio delle loro incombenze inquantochè non fanno che volgere ad un fine colpevole le attribuzioni delle quali sono rispettivamente investiti.—Delinquono invece fuori dell'esercizio delle funzioni loro, se per uno scopo criminoso escono dalla sfera di azione loro rispettivamente assegnata e anzichè abusare delle proprie, usurpano le attribuzioni altrui, come appunto nel caso del controllore che per impadronirsi di una somma spettante all'amministrazione pubblica, assuma la veste di tesorière.

Del resto se vi ha caso nel quale sia evidente la necessita di non perdere di vista la condizione alia quale l'articolo 1153 subordina la responsabilit  dei proponente,   quello in cui sia invocata la responsabilit  dello Stato pel fatto dei suoi funzionari. Lo Stato come ogni altra persona-morale non pu  esplicare la propria azione senonch  per mezzo dei suoi delegati. Nessun altro Ente per    obbligato a ricercare nei suoi agenti attitudini pia disparate onde ciascuno di essi risponda alle esigenze del proprio ufficio, nessuno avendo fanzioni tanto numerose e svariate quando lo Stato considerato anche semplicemente come persona giuridica nell'esercizio della gestione economica.

Pretendere che egli esa tenuto dei danni recati da un funzionario nella sfera d'azione d'un altro, vale quanto esigere che ia ciascuno dei suoi ageati concorrano le gaarentie necessario all'esercizio di ogni sorta d'ufficio e tutto questo per indulgere per alia leggerezza degli amministrati i quali coutraggono rapporti con un funzionario per un affare demandato ad un altro. La Corte d'appello avrebbe dovuto tanto pi  rendersi conto dell'assurdit  di qeesto sistema, inquanto ch  nella specie si trattava delle fanzioni dei tesorière pel quale lo Stato oltre alle guarentie morali comuni agli altri impiegati esige una cauzione pecuniaria proporzionata alia entit  della gestione."—Apud *Mantellini*, loc. cit., p. 183-84.

^{91.i} Ricci, *Delle Obbligazioni*, n. 301; Mantellini, ob. cit., p. 100 seg.

ser sempre considerado na sua qualidade de empregado judiciario, e, consequentemente, o seu acto em nada obrigando a Administração ou a Fazenda Publica; 3) Em outros casos, finalmente, se procurou adoptar uma doutrina intermedia, segundo a qual, — si o deposito fosse feito para o pagamento de taxas e despesas judiciaes, elle se considerava validamente feito sob a responsabilidade do Estado, e portanto, este obrigado a indemnizal-o na hypothese de sua subtracção; — si, porém, dito deposito fosse feito para um fim de interesse particular do individuo, como por exemplo, o deposito do *decimo do preço* do leilão ou arrematação para o individuo poder concorrer, a perda do deposito não daria acção alguma contra o Estado.^{91.j}

— Segundo Meucci, esta questão dos depositos judicarios fora sempre mal posta, sendo encarada, como obrigação *ex-quasi delicto*, quando se tratava realmente de uma obrigação contractual de deposito:

“E se v'è caso in cui la teorica della distinzione delle due persone dovesse concludere ad ammettere la responsabilità dello Stato, era quello de' depositi giudiziari. Eppure vi fu negata, e ciò sia perche si sblaglò stranamente la qualificazione della personalità spiegata dallo Stato in quel caso, sia perche invece di prendere di mira l'obbligo contrattuale dello Stato per depositi si ebbe in considerazione solo il fatto illecito INCIDENTE del funzionario che li sottrae.”^{91.k}

^{91.j} P. Mazzoni, *Inst. di dir. civ. ital.*, t. IV, p. 153. Este autor cita numerosas decisões judiciaes em abono da jurisprudencia, de que acima se fez menção, distinguindo as diferentes especies de depositos. Cf. Vittore Vitali, ob. cit., ns. 297-299.

^{91.k} Meucci cita igualmente grande numero de decisões das cortes italianas, umas reconhecendo a responsabilidade, e outras, a irresponsabilidade, na materia dos depositos judicarios.—*Diritto Amministrativo*, p. 259, nota 3, e p. 261.

— Mantellini sustentara a não-responsabilidade do Estado nos casos acima alludidos: “*Sia che lo Stato apponga guardie a tutela delle cose e delle persone, sia che apra registri dove notare e transcrivere fatti o atti civili, la sua funzione intenda a fine politico necessario o contingente, i rapporti non mutano, e come lo Stato non garantisce dai furti, dalle rapine, dalle offese, cosi non dai danni per omissioni o irregolarità negli annotamenti, sia bene o inale ordinato il servizio...Il cancelliere è ufficiale dell'ordine giudiziario...E nell'amministrazione della giustizia lo Stato rimane ente politico, nè può mai risalire a lui rapporto di civile responsabilità.*”—Ob. cit., p. 103-112. Cf.: C. C. Nápoles 5 fevereiro e 26 novembro 1876, 1 junho 1878 ; C. C. Torino 8 novembro 1878; C. C. Palermo 19 janeiro 1878.

81. — Agora ao encerrar o capítulo, sobreleva ainda ajuntar duas palavras sobre a doutrina da “*distinção dos actos*,” a qual, já se sabe, mais do que nenhuma outra, tem servido de base ás decisões das cortes italianas.

No empenho de manter o principio, de que os actos de *imperio* são insusceptíveis de crear responsabilidade contra o Estado, as referidas cortes tem as vezes tecido os mais difficeis *meandros* de considerações e argumentos: ora affirmando, num mesmo facto, a gestão e o imperio segundo o maior ou menor relevo que uma circumstancia apresenta sobre outra ; ora revestindo a gestão ou o imperio de um character *sui generis* na especie occorrente; ora finalmente, cahindo em incoherencias e contradicções, confrontados os fundamentos das suas proprias decisões, umas com as outras....Os dous factos, que se seguem, bastarão, sem duvida, para comproval - o.

1º) Um carnicheiro levou ao matadouro de Roma dous bois para a matança, e fel - os recolher nos estabulos que a Communa mantem sob a guarda e vigilancia de seus empregados; pagando aquelle o respectivo aluguel e as taxas estabelecidas. Sem se saber como,—desapparecera um dos bois. O carnicheiro propoz por isso a sua acção de danos contra a administração communal. Esta não negou o facto; mas, allegando ter no caso agido *jure imperii*, sustentara que não estava obrigada a responder pelos actos dos seus empregados. O Pretor decidio na conformidade da defesa; e não obstante o Tribunal Civil ter, ao envez, admittido o direito do lesado á indemnisação, a Côrte de Cassação recusou - o, declarando

— De resto, observa Lomonaco (*Delle Obbligazioni*, t.I, p. 283 nota), a questão da responsabilidade do Estado pelos depositos alludidos deixou de ter razão, depois que a lei de 29 de junho de 1882, n. 835, regulara essa materia de modo definitivo, ordenando que os *depositos judiciaes* fossem feitos na “*Cassa dei depositi e prestiti*”.—Se poderá ainda ver: Chironi, *Colpa Contrattuale*, ns. 237 sg.

nos seus considerandos que, com efeito, se tratava na especie de um acto de imperio (C. C. Roma 7 julho 1897).

— Um acto de *imperio* ou de *soberania* na guarda de bois para a matança publica!... Entretanto o mais surpreendente, observara um magistrado italiano, é, que a mesma Côte, em *Camaras reunidas* sobre o mesmo facto, em data de 29 março 1900, não duvidara firmar o principio contrario, a dizer, — que o exercicio da *matança* não era um acto *jure imperii* mas, *simplesmente, evidentemente*, um acto de *gestão*, regulado por vinculo contractual, creado entre a Communa e o particular...

2º) Um carroceiro teve a sua carroça quebrada e o seu cavallo ferido, por haver caído numa valla que, ha trez dias, prejudicava o uso da via publica (*che guastava la continuità della via*). Propusera, portanto, a sua acção de danos contra a Communa, a qual, defendendo-se, allegara que, na manutenção das vias publicas, ella agia *jure imperii*. — Sem embargo dessa defesa, o *Tribunal Civil* reconheceu o direito de indemnisação em favor do autor, e a Côte de Cassação confirmou a respectiva sentença (C. C. Florença 28 de dezembro de 1898).

— Nada temos a dizer sobre o merito da decisão. Quanto, porém, ao principio invocado do *jure imperii*, repetimos aqui as palavras de um escriptor italiano, proferidas a proposito dessa questão:

Infatti se la manutenzione delle vie pubbliche viene riguardata QUALE ATTO D'IMPERO, come, in qual guisa, e perche nella sua attuazione si trasforma in atto di gestione? Curiosa forma di atto amministrativo, che va subendo sì stranemetamorfosi nel suo svolgimento, per giunta contemporaneo, simultaneo!...^{91.1}

De maneira que, segundo o testemunho insuspeito dos proprios fautores da *distincção dos actos*, semelhante doutrina, em vez de facilitar a tarefa do magistrado no julgamento dos litígios, tem, pelo

^{91.1} Vide: Solari, ob. cit., p. 46 sg. e 52. sg.

contrario, servido para difficultal - a, pela incerteza e contradicção, que a sua applicação inevitavelmente acarreta!

— Findando neste ponto quanto nos propusemos dizer acerca da jurisprudencia italiana, só nos resta declarar que, a despeito de já serem assaz numerosas as decisões, nas quaes a Cassação de Roma tem procurado firmar com claresa os verdadeiros principios dessa doutrina, que ella adopta,—ainda em data recente foi affirmado no proprio seio dessa Côrte, que, do conjuncto das suas decisões, não se podia, comtudo, tirar um criterio geral seguro, para resolver as differentes questões particulares, que á mesma se apresentavam.^{91.m} Eis ahi toda verdade do facto...

CAPITULO V

A Jurisprudencia Inglesa e Norte-Americana

82. — Dous Estados se destacam, por assim dizer, d'entre os demais Estados modernos no tocante á importante questão de que nos occupamos, e constituem um corpo de doutrina, inteiramente differente: são a Inglaterra, e os Estados Unidos da Norte-America. Em principio, se póde affirmar que a regra predominante nos mesmos é, a de que o Estado não responde civilmente pelos actos lesivos (actos de administração propriamente) dos seus órgãos ou funcionarios; ainda que na pratica se possa admittir casos de excepção.

Não é, portanto, muito o que teremos de dizer sobre a jurisprudencia desses dous Estados. Não deveramos, todavia, omittir - os; dado o pensamento de imparcialidade, que nos impusemos guardar na elaboração do presente trabalho.

^{91.m} O trecho final, a que se alludira no texto, contém as palavras do Procurador Geral, Franceseo Auriti, no seu discurso inaugural, dirigido á Cassação de Roma em janeiro de 1899. — Apud Solari, loc. cit., p. 59-60.

§ 1º QUANTO Á INGLATERRA

83. — Na Inglaterra, persistindo até agora a intelligencia da sua politica tradicional, de identificar a pessoa do Soberano com a do Estado, e sendo principio fundamental da sua Constituição, e maxima juridica, que o rei não póde fazer o mal' (*King can do no wrong*), porque, segundo Blackstone, a *prerogativa da Corôa*, creada para o bem do povo, não póde ser exercitada em prejuizo deste; dahi resulta que, si nenhuma responsabilidade lhe póde caber das acções ou omissões, suas - proprias, muito menos lhe poderia advir semelhante responsabilidade, dos actos de outrem, embora agindo em nome d'elle e nos misteres do seu serviço.⁹²

Outr'ora essa irresponsabilidade da Corôa era insinuada tão ao pé da letra, que, não obstante o grande principio da jurisprudencia ingleza, de que onde se da uma lesão de direito, ha ahi o remedio para cural-a, (*"Iti s a general and indisputable rule, that where is a legal right, there is also a legal remedy, by suit or action at law, whenever that right is invaded"*); a verdade é, que, em se tratando de lesão por acto do Rei ou Estado,—a parte lesada carecia de meio legal, pelo qual se podésse resarcir do damno sofrido...

De maneira que, si por falsa informação ou por inadvertencia (*by misinformation or inadvertence*), a Corôa fosse induzida a invadir os direitos privados de algum dos seus subditos, nenhuma acção se podia dar contra o Soberano, sobretudo, por falta de um poder superior, que della tomasse conhecimento. Mesmo no caso de uma violencia ou damnificação provada, feita á propriedade particular, a unica medida, á que o individuo podia recorrer, era fazer uma petição (*petition de droit*) ou supplica (*monstrans de droit*) a Côrte da "*Chancery*", ou do "*Exchequer*", segundo o teor das circumstancias ; mas estas o attenderiam, ou não, por

⁹² Blackstone, ob. cit., I. III, § 23 e § 254-56.

simples via graciosa, como bem lhes parecesse de razão ou de equidade.^{92.a}

Alias, esta doutrina era no todo consoante com o conceito do Estado antigo, reputado, como creador do proprio direito e justiça!...^{92.b}

83 a. — Actualmente, muito embora subsista a condição preliminar da *"petition of right"*, ella é agora considerada uma simples formalidade, por meio da qual a parte obtém o *"fiat"*, e na posse deste poderá promover a sua acção nos tribunaes ordinarios, como succede entre os individuos particulares.⁹³ Mas cumpre ainda advertir, a responsabilidade da Coroa só é admittida em determinados casos, taxativamente declarados:

" The only cases in which the petition of right is open to the subject are, where the land or goods, or money of a subject have found their way into the possession of the Crown, and the purpose of the petition is to obtain restitution, or if restitution cannot be given, compensation in money,—or when a claim arises out of a contract as for goods supplied to the Crown or to the public service."^{93.a}

^{92.a} Blackstone, *Commentaries*, t.I, § 246; III, § 254.—Cf. Fonblanque and Holdsworth, *How we are governed*, p. 17.—London, 1869.

^{92.b} Todavia, segundo o espirito de liberdade e de amor ao direito individual, que nunca faltou ao povo inglez, essa prerogativa do rei, pondo-o *superior a todas as outras pessoas e fóra da acção do direito commum*, não era, de facto, incondicional ou absoluta, como alguns pretenderam e outros insinuavam. Os bons autores nunca deixaram de affirmar o contrario:—*"Nehil enim allud potest rex, nisi id solum quod jure potest"*;—*"Rex debet esse sub lege, quia lex facit regem"* (Blackstone, ob. cit., t.I, § 239). Do facto de as cortes não terem jurisdicção sobre o rei, observa este autor, não se conclua, que os subditos da Inglaterra se achassem destituídos de todo remedio, caso a Corôa invadissem os seus direitos, já por lesões privadas, já por publica oppressão (*either by private injuries, or public oppression*); não:—a lei providenciara acerca de ambos os casos. Quanto as lesões privadas feitas á propriedade, ha o direito de petição á *"Court of Chancery"*, a qual fará justiça, muito embora a titulo gracioso. Quanto aos casos de publica oppressão ordinária, como o rei não póde abusar do seu poder (*misuse his power*) sem o conselho de mãos conselheiros (*the advice of evil counsellors*) e o auxilio de ministros infieis (*the assistance of wicked ministers*), taes individuos poderão ser processados e punidos pelo abuso praticado.—Loc. cit., §§ 243-244.

⁹³ Anson, *Law and Custom*, Part. II, p. 475 e nota. —Oxford, 1896. Foram as leis: 20 e 21 Vict. c. 44; 23 e 24 Vict. c. 84; 36 e 37 Vict. c. 69, que simplificaram as formas da acção contra a Corôa nos casos, em que ella é permittida.

^{93.a} Ibidem.

— Quer dizer: a acção só é permittida para os casos de desapropriação da propriedade alheia, ou por danos provenientes da infracção de contractos, taes como, de *fornecimentos* para as necessidades diversas do serviço publico. Em relação a tudo mais, isto é, em relação aos actos de negligencia, culpa, ou qualquer outra falta, embora grave do funcionario publico, o Estado ou a Corôa são inteiramente irresponsaveis (*cannot be liable for wrong*). O direito da parte lesada, quando porventura exista, será exercitado *unicamente* contra o funcionario por meio de acção competente, o qual não poderá allegar, como defesa ou excusa, a circumstancia de haver praticado o acto arguido, em cumprimento de ordem, implicita ou explicita, da Corôa ou do Governo.^{93.b} No entanto, o proprio funcionario tambem poderá escapar á responsabilidade nas seguintes hypotheses: 1) si, no caso de *infracção de contracto*, tiver agido em beneficio do Governo, sendo, então, este o responsavel, e não o funcionario; 2) si se tratar de funcção ou de facto, pelo qual elle deva responder perante a Corôa, ou *directamente* perante o Parlamento, e não, ao publico ou aos individuos particulares; 3) si no facto imputado não houver culpa, ainda que haja erro ou certa negligencia somente (*damnum absque injuria*).

83 b. — Nos casos indicados, assim como em outros quaesquer de lesão de direitos individuaes, é indiscutivel a competencia do judiciario, o qual, não só pode conhecer e decidir da especie em acção regular, mas tambem intervir desde logo por alvaras interdictorios, prohibitorios ou mandaticios (*writs of injonction, mandamus, quo warranto, certiorari, etc*), tendo em vista, já impedir o proprio acto ou as suas consequencias, já ordenar que dado acto seja praticado, no caso de indevida omissão do respectivo funcionario.^{93.c}

^{93.b} Anson, loc. cit., p. 477; Cf. Laferrière, ob. cit., t.I, p. 113.

^{93.c} Anson, loc. cit., p. 476-80.—Cf. Laferrière, loc. cit., p. 114-115. Nestes autores vem citadas algumas decisões judiciais das cortes inglezas, segundo ás quaes se poderá melhor ajuisar do teor da sua jurisprudencia sobre a irresponsabilidade do Estado pelos

Essa competencia dos tribunales ordinarios da Inglaterra, para conhecer contenciosamente dos actos dos funcionarios publicos, é, aliás, no todo consequente e indispensavel; visto não haver alli nenhuma jurisdicção administrativa, independentemente organizada para o mesmo fim, como succede em varios outros Estados.

83 c. — Referindo-se á doutrina ingleza, observara Dareste:

En même temps que les fonctionnaires sont toujours responsables, l'Etat ne l'est jamais. Cela tient a plusieurs causes. D'abord en Angleterre, les fonctionnaires sont plus independants que partout ailleurs. Souvent même leur nomination n'appartient pas au gouvernement, et toujours ils agissent librement, sous leur responsabilité personnelle, sans avoir á demander ni á attendre l'ordre d'un superieur. Mais ce n'est pas tout. C'est un principe du droit anglais que le roi ne peut mal faire "the king can do no wrong". En consequence, aucune action en dommages - interêts ne peut étre intentée contre l'Etat.

La partie lésée ne peut s'adresser qu'au Chancelier qui, s'il y a lieu, fait justice par voie de grace, ou au Parlement, qui peut toujours accorder une indemnité par loi speciale. Il y en a deux exemples notamment pour des personnes condamnées et déportées par erreur.^{93.d}

actos culposos dos seus funcionarios, e bem assim, acerca das excepções, que aproveitam aos mesmos em dados casos ou circunstancias.

— Casos, relativamente recentes, em que a responsabilidade tem sido reconhecida contra a Corôa (para usar a linguagem consagrada), se podem indicar: *Feather v. The Queen*, (6 B. & S. 293); *Windsor and Annapolis Railway Co. v. The Queen*, (11 App. Ca. p. 615); *Thomas v. The Queen*, (L. R. 10 Q. B. 31); *Farnell v. Bowman*, (12 App. Ca. 643); *Attorney-General of Straits Settlements v. Wemyn*, (13 App. Ca. 192). — Apud Anson, loc. cit., p. 476.

— Nos contractos feitos em nome da Corôa e em beneficio do Governo a responsabilidade é sempre deste, e não do funcionario: *Gidley v. Lord Palmerston*, (3 B. & B. 284). — Apud Anson, loc. cit.

— As cortes não admittem, como defeza, a distincção de "state necessity, ou state offences", e outras... "The common law does not understand that kind of reasoning, nor do our books take notice of any such distinction": *Entick v. Carrington*; ap. Anson, loc. cit., p. 477. Sobre a responsabilidade do funcionario em particular, é tambem de ver: A. G. Boulenger, De la responsabilité envers les particulieres des fonctionnaires administratifs, p. 381 sg.; E. H. Perreau, De la responsabilité des fonctionnaires publics, p. 143 sg. — Bordeaux, 1894.

^{93.d} Dareste, *La Justice Administrative*, p. 504 sg. Paris, 1898. E o Chanceler e o Parlamento não deixarão de fazer a devida justiça, acrescentamos nós; porque, apesar do principio geral em contrario, não se póde, na pratica, deixar de reparar a *offensa do*

C'est ainsi que, partis du même point, le droit anglais et le droit français sont arrivés aux extremes opposés. A notre avis c'est le droit français qui est en avance.

Ce n'est pas en poursuivant les fonctionnaires, qu'un citoyen maintiendra efficacement son droit contre les entreprises de l'Etat. C'est contre l'Etat qu'il doit agir directement, parce que, dans la plupart des cas, c'est l'Etat qui a fait le mal et qui seul peut le reparer. La pratique est ici d'accord avec la theorie; en realité le système français est aussi liberal et plus efficace, que le système anglais...

83 d. — Seria desnecessario dizer, que, do mesmo modo que se dá com os actos da *Corôa* em geral, — os actos do Parlamento, quando lesivos de direitos individuaes, não dão direito de reparação ao lesado; porque, sendo igualmente a expressão do poder soberano, se consideram incapazes de fazer o mal;^{93.e} assim como é de regra, que os actos judiciaes (as sentenças e despachos dos juizes e cortes) não são susceptíveis de acção contra os seus autores.—Eis aqui as palavras da jurisprudencia a respeito destes últimos actos:

No action witt he against a judge for any acts done or words spocken in his judicial capacity in a court of justice. This doctrine has been applied not only to the superior courts, hut to the court of a coroner and to a court martial, which is not a court of record. It is essential in all courts that the judges WHO ARE APOINTED to administer the law should he permitted to administer it under the protection of the law indepedently and freely, without favor and without fear. This

alheio direito, sem negar ao mesmo tempo a razão fundamental das leis e do proprio Governo. Isto dizemos com relação aos actos illicitos ex-contractuaes; porquanto, com relação á obrigação do Estado de prestar a devida indemnisação nos casos de *desapropriação* da coisa alheia, ou nos de responsabilidade proveniente de contractos, ella subsiste tambem na Inglaterra, como nos outros paizes. Alem disto, mesmo sem dar-se, propriamente, uma *desapropriação*, desde que ha uma occupação duradoura da propriedade, ou a sua damnificação em consequencia de uma necessidade do serviço publico, tem logar a indemnisação. O que succede, muitas vezes, é, que esta não sae dos cofres do Bstado, e sim, do das corporações locaes, dada, como se sabe, a grande descentralisação da administração publica. O serviço da saúde publica pode servir de exemplo. A lei de 11 agosto 1875 — "*An act consolidating and atnending the acts relating to public health in England*", reconhece, com effeito, o direito de indemnisação, quando das suas medidas resultar damno: *a*) pela destruição de cousas moveis (art. 121); *b*) pelo recuo ordenado de predios nas ruas (art. 155); *c*) por outros prejuizos em geral, resultantes das varias medidas (art. 308). Vide: Hic, *nota* 99.j neste Titulo.

^{93.e} Blackstone, loc. cit., § 244-245.

provision of the law is not for the protection or benefit of a malicious or corrupt judge, but for the benefit of the public, whose interest it is that the judges should be at liberty to exercise their functions with independence and without fear of consequences. How could a judge so exercise his office if he were in daily and hourly fear of an action being brought against him and of having the question submitted to a jury whether a matter on which he had commented judicially was or was not relevant to the case before him?^{93.f}

Convém talvez lembrar que na palavra *corte* também se compreendem os juizes singulares nos actos de seu officio, inclusive os juizes de paz, os quaes na Inglaterra exercem, não só funções judiciais, mas juntamente outras de caracter administrativo ou politico.^{93.g}

§ 2º QUANTO AOS ESTADOS - UNIDOS

84. — Nos Estados Unidos da Norte-America a jurisdição e competencia do Judiciario para conhecer dos actos do Governo ou da Administração são sabidamente ainda mais latas, do que na Inglaterra; uma vez que, segundo os principios do direito publico americano, o referido poder julga até da propria validade das leis, isto é, da sua conformidade, ou não, com os textos constitucionaes. Consequentemente, se pode desde logo affirmar, como principio geral da sua jurisprudencia: que os juizes e tribunaes de justiça norte-americanos, quando devidamente provocados pelas partes, podem declarar insubsistentes ou nullos, quaesquer actos dos dous outros poderes, para o fim de assegurar os direitos individuaes, porventura ofendidos por esses actos. E de facto, assim succede frequentemente; verificando-se a intervenção judicial, não só, mediante o processo regular de uma acção, mas ainda, mediante

^{93.f} Vide: Scott v. Stanfield (L. R. 3 Exch. 223); Anderson v. Gorrie (1895, Q. B. C. A. 668).—Cf. Anson, ob. cit., p. 477-78.

^{93.g} Quanto á responsabilidade dos juizes de paz em particular, e as restricções della, é de vêr: Dareste, *La Justice Administrative*, Part. II, ch. XX;—A. G. Boulén, ob. cit., p. 345;—e bem assim, *“Nova Organização do governo local”*, effectuada pela legislação de 1888 e 1894,—ap. Anson, loc. cit., p. 241 sg.

certos actos *summarios*, — remedios preventivos ou incidentes (*extraordinary relief, extraordinary remedy*), pelos quaes se ordena a pratica de certo acto, ou se obsta a execução de algum acto illegal ou lesivo, ou se concedem outras garantias á parte, em favor de quem são elles expedidos.⁹⁴

E' ás cortes judiciaes, que a Administração publica recorre igualmente, quer para a applicação litigiosa das leis e regulamentos administrativos, quer para os actos de coerção ou de execução forçada, que se fazem necessarios contra os seus proprios funcionarios.

84 a. — No tocante á questão particular da responsabilidade civil do Estado (*União, Estados-federados, Municipios*), a jurisprudencia americana não podia deixar de ter tomado, como ponto de partida, os principios consagrados no Imperio Britanico. A lei das Colonias era a propria lei da Metropole; e quando, mais tarde, ellas se transformaram em

⁹⁴ Os actos judiciaes, mais usados, que tem o character de remedios extraordinarios, são semelhantes aos da praxe ingleza, taes como: 1) *Writ of mandamus*, o qual é um *mandado* ou *ordem* de um tribunal de justiça competente, dirigido a um individuo ou autoridade de jurisdição inferior, para que faça ou execute o que no mesmo se prescreve; 2) *Writ of injonction*, o qual é um mandado expedido nas condições do precedente; mas delle differe, porque pelo *mandamus* quasi sempre se ordena a pratica de algum acto, enquanto que pela *injonction*, em regra, se prohibe que um acto se faça, guardando-se a respeito o *statu quo*; é semelhante ao *interdicto prohibitorio da lei brasileira*; 3) *Writ of certiorari*, o qual é uma ordem de um tribunal superior a um tribunal ou autoridade inferior, para que lhe remetta por certidão as peças de determinado feito, afim de ser este revisto pelo primeiro; 4) *Writ of prohibition*, o qual é em tudo analogo ao recurso de agravo por incompetencia admittido na lei brasileira; mas, usado na Justiça Norte-Americana um pouco diferentemente, quanto ao modo processual.

Na pratica judicial ordinaria, e sobretudo, na pratica federal em materia de equidade (*on equity*), tambem se emprega, ás vezes, a "*injonction*", como remedio inandatorio á semelhança do "*mandamus*".—Deixamos de dizer, quaes os casos particulares, em que são permittidos os remedios extraordinarios, que ficam indicados; porque isso nos levaria longe, e não se faz mister ao escopo limitado do presente trabalho; convindo, no entanto, ainda advertir, que o "*writ of injonction*" e o "*writ of mandamus*", embora, analogos a alguns dos nossos interdictos possessorios quanto aos effectos; delles differem quanto á norma do respectivo processo e ás circumstancias particulares, em que podem ser expedidos.

Em geral sobre os remedios, á que vimos de alludir, é de vêr:—Foster's *Federal Prattice*, t. I, p. 341 sg.;—H. G. Wood, *A Treatise on the legal remedies*;—T. C. Spelling, *Extraordinary Relief*:—High, *On Injonctions*; etc.

“Estados-Unidos”, si é certo, que não mais havia o rei, *incapaz de fazer o mal*; subsistiu, todavia, a *pessoa soberana* do Estado (a União, considerada como pessoa jurídica nacional), que devia gozar de identicas prerogativas, na sua qualidade de poder supremo do territorio e da nação.

Daqui, certamente, ess’outro principio corrente do direito publico americano, — que a União, assim como os Estados da mesma, não podem ser chamados a juizo, sem o seu assentimento, pelos individuos particulares, ainda que sejam estes, seus credores legitimos.

Este principio acha-se mesmo consagrado expressamente em algumas das constituições estadoaes, na de Illinois por exemplo. Outras, porém, obedecendo talvez a um sentimento de moralidade, consagram disposições que, si não derogam o principio geral, ao menos, autorisam o legislador ordinario a adoptar leis que regulem o processo a seguir, relativamente aos credores do Estado. E’ o que realmente succede com as constituições da Carolina do Sul, Carolina do Norte, Arkansas, Wisconsin, Indiana, Pensylvauia, California,^{94.a} etc. Mas, seja como fôr, no estado actual da legislação do paiz em geral, não haveria erro em dizer, que o meio de petição ao Corpo Legislativo continua a ser a regra, que o individuo deve seguir, para que possa obter a satisfação do seu direito, quando o réo ou o devedôr fôr algum dos Estados federados.^{94.b}

^{94.a} A Constituição da California de data relativamente moderna (de 1879) dispõe mesmo:—“*Suits may be brought against the state in such manner and in such courts as shall be directed by law*” (art. XX, § 6°).

^{94.b} A. Carlier, *La Rep. Americaine*, t. III, p. 138-39;—Cf. H. C. Black, *Handbook of American Constitutional Law*, p. 130-31.

— Story, encarando o attributo da soberania com relação á materia, se pronunciara nestes termos :

“As to private injustice and injuries, they may regard either the rights of property or the rights of contract, for the national government is per se incapable of any merely personal wrong, such as an assault and battery, or other personal violence. In regard to property, the remedy for injuries lies against the immediate perpetrators, who may be sued, and cannot shelter themselves under any imagined immunity of the government from due responsibility. If, therefore, any agent of the government shall unjustly invade the property of a citizen under color of a public authority, he must, like every other violator of the laws, respond in damages...The greatest difficulty arises in regard to the

Em principio, não é diferente a doutrina professada, relativamente á União (U. S. v. Peters, 5 Cranch, 139; Osborn v. Bank of U. S. 9 Wheat. 738; 9 How. 386); ainda que na pratica o rigor, ou antes, a injustiça de semelhante principio não tenha sido geralmente observada.

Com effeito, ha mais de meio seculo, que foi creada pelo Congresso uma Côrte especial de reclamações (*Court of Claims*) com sede em Washington, cuja jurisdicção se estende a todos os pedidos ou reclamações contra os Estados - Unidos, fundados nas leis do Congresso, nos regulamentos do poder executivo, nos contractos, expressa ou implicitamente feitos com o Governo Federal, e ainda á outras questões, que forem remettidas á dita Côrte por qualquer das casas do Congresso.

84 b. — A Côrte de reclamações (*Court of Claims*) foi organisada pela lei de 24 fevereiro 1855, a qual definio desde logo as materias da sua jurisdicção e competencia. Varias leis posteriores lhe tem ampliado a competencia, sendo de citar, como mais importantes, as de 3 março 1883 (*Bowman Act*), de 20 janeiro 1885 (*French Spoliation Act*), e de 3 março 1887 (*Turcker Act*).

A lei da sua criação declara, que a jurisdicção da referida Côrte se estende (*to hear and determine*) ás seguintes materias:

“All claims founded upon the Constitution of the United States, or any law of Congress, except for pensions, or upon any regulation of an Executive Department, or upon any contract, expressed or implied, with the Government of the United States, or for damages, liquidated or unliquidated, in

contracts of the national government; for, as they cannot be sued without their own consent, and as their agents are not responsible upon any such contract when lawfully made, the only redress which can be obtained raust be by the instrumental ity of Congress, either in providing (as they may) for suits in the common courts of justice to stablish such claims by a general law, or by a special act for the relief of the particular party. In each case, however, the redress depends solely upon the legislativo department, and cannot be administred execpt through its favor. The remedy is by an appeal to the justice of the nation in that *forum* and not in any court of justice, as a matter of right.”—Story, *Commentaries*, ns. 1675-77. Cf. H. C. Black, ob. cit., p. 129.

cases not sounding in tort, in respect of which claims the party would be entitled to redress against the United States either in a court of law, equity, or admiralty, if the United States were suable: PROVIDED, HOWEVER, that nothing in this section shall be construed as giving to either of the courts herein mentioned, jurisdiction to hear and determine claims growing out of the late civil war, and commonly known as "*war claims*", or to hear and determine other claims, which have heretofore been rejected, or reported on adversely by any court, department, or commission authorised to hear and determine the same ".^{94.c}

— Conforme ao texto citado são excluídos da competência da Corte os danos provenientes da guerra civil, assim como os provenientes de actos ilícitos. E segundo a doutrina da *Côrte Suprema*, para a qual cabe o recurso de apelação das decisões da *Côrte de reclamações*, os danos, a cuja satisfação o Governo Federal pode ser condenado, são, em regra, somente os provenientes de contractos, legalmente feitos, de modo explícito ou implícito, com os representantes do mesmo Governo; doutrina, que a mesma Corte Suprema baseia nos seguintes fundamentos:

With the exception of claims for the proceeds of captured or abandoned property and others arising under special statutes, the Court of Claims has no jurisdiction of claims UPON TORTS committed by the United States (Langford v. U. S., 101 TL S. 341; Nichols v. U. S., 7 Wall. 122; Gibbons v. U. S., 8 Wall. 269; Dennis v. U. S., 2 Ct. Cl. 210; Dykes v. U.S., 16 Ct. Cl. 289). The jurisdiction of that court has received frequent additions...but the principle originally adopted, of limiting its general jurisdiction to cases of contract, remains. There can be no reasonable doubt that this limitation to cases of contract, express or implied, was established in reference to the distinction between actions arising out of contracts, as distinguished from those founded on torts, which is inherent in the essential nature of judicial remedies under all systems, and specially under the system of the common law. The reason of this restriction is very obvious on a moment's reflection. While Congress might be

^{94.c} Se pode ver a respeito: Foater's *Federal Practice*, t. II, p.881 sg. Boston, 1892.—Cf. A. Carlier, ob. cit., t. IV, p. 234-237 sg.

willing to subject the Government to the judicial enforcement of valid contracts, which could only be valid as against the United States when made by some officer of the Government acting under lawful authority, with power vested in him to make such contracts, or to do acts which implied them,—the very essence of a tort is that it is an unlawful act, done in violation of the legal rights of some one. For such acts, however high the position of the officer or agent of the Government who did or command them, Congress did not intend to subject the Government to the results of a suit in that court. This policy is founded in wisdom, and is clearly expressed in the Act defining the jurisdiction of the court; and it would ill become us to fritter away the distinction between actions *ex delicto* and actions *ex contracta*, as well understood in our system of jurisprudence, and thereby subject the Government to payment of damages for all the wrongs committed by its officers or agents, under a mistaken zeal, or actuated by less worthy motives” (Langford v. U. S., 101 U. S. 341).

— Quando a *Côrte de reclamações* acha procedentes as allegações dos individuos, profere verdadeiras sentenças contra a Fazenda Federal. Ella não dispõe, é certo, de meios coercitivos para obrigar o Governo á cumprir as suas decisões; mas, em regra, o Congresso não deixa de consignar nos orçamentos as verbas de credito para a satisfação do alheio direito, uma vez reconhecido este pela *Côrte*.^{94.d} Trata-se , como se vê, de um verdadeiro tribunal de caracter administrativo, muito embora lhe faltem alguns requisitos proprios destas organizações.

84 c. — Com relação aos Estados, a mór parte delles já tem também juntas administrativas (*board of auditors*), ou mesmo tribunaes semelhantes á *Côrte federal de reclamações*, para liquidar os direitos ou questões levantadas pelos individuos particulares contra o Estado.

Mas, por outro lado, quanto ao chamamento deste á juízo, se tem, como pontos assentados na materia: 1) Si a acção for proposta contra o respectivo funcionario, na qualidade de representante do Estado ou para compellil-o ao cumprimento de uma obrigação do Estado, se

^{94.d} H. C. Black, *Const. Law*, p. 129 sg.

entende que este, embora não figure no feito, é realmente parte, e, consequentemente, a acção não pode ser mantida em juízo, por ir de encontro á 11^a emenda da Constituição (*In re Ayers*, 123 U. S. 443; *Louisiana v. Jumel*, 107 U. S. 711; *Antoni v. Greenhow*, 107 U. S. 769; *Cunningham v. Macon & Brunswick Railroad*, 109 U. S. 446; *Hagood v. Southern*, 117 U. S. 52); — 2) Si, porém, a acção for proposta contra individuos que, embora invocando a qualidade de funcionarios do Estado, commetteram, com a applicação de leis inconstitucionaes, culpa e damno contra a propriedade e os direitos do lesado, fundados em contracto com o Estado (*acts of wrong and injury to the rights and property of the plaintiff*), semelhante acção, seja para o fim de reaver dinheiro ou bens em poder do réo, illegalmente arrecadados por este em beneficio do Estado, seja para obter a satisfação de danos, ou, em casos nos quaes o remedio na lei é inadequado, para obter uma *injuncção* ou um *mandamus* para coagir o réo á execução do seu dever official (*legal duty, purely ministerial*), não se considera dentro da 11.^a emenda citada, que veda acção contra o Estado (*Osborn v. Bank of the U. States*, 9 Wheat, 738; *Davis v. Gray*, 16 Wall, 203; *Tomlinson v. Branch*, 15 Wall. 460; *Litchfield v. Webster County*, 101 U. S. 773; *Allen v. Baltimore & Ohio Railroad*, 114 U. S. 311; *Boad of liquidation v. Mc - Comb*, 92 U. S. 531.; *Poindexter v. Geenhow*, 114 U. S. 270).^{94.e}

Entretanto, é de saber, que, proclamado muito embora o principio da irresponsabilidade do Estado pelos actos illicitos dos seus representantes, veriíca-se, não obstante, que na pratica a jurisprudencia não tem podido deixar de admittir varias excepções ao alludido principio...

84 d. — Fallando, porém, da doutrina predominante, em geral esta se poderá resumir no seguinte:

^{94.e} Foster's *Federal Practice*, t. tt, p. 896.—Cf. Miller, *On the Const. of the United States*, p. 864 sg;—H. C. Black, loc. cit.

1) Nos contractos, feitos pelo funcionario, *devidamente autorizado e nos limites de sua autorização*, — a, responsabilidade dos actos cabe toda ao Governo ou Estado, excluida a obrigação pessoal do funcionario;

2) Nos demais casos, ou se trate de um vinculo contractual, ou de outros actos *culposos* no exercicio das funções do seu emprego, é o funcionario, quem responde pelo damno causado, com excepção completa do Estado.^{94.f} Esta regra é de applicação geral na jurisprudencia, quer se trate de funcionarios federaes, quer de funcionarios estadoaes.^{94.g}

A mesma doutrina prevalece, ao menos em principio, acerca da responsabilidade civil dos municipios; mas em dados casos, principalmente, si estão previstos em disposições especiaes, as cortes judiciais tem declarado a responsabilidade dos municipios pelos actos lesivos dos seus representantes.^{94.h}

84 e. — A irresponsabilidade dos juizes e cortes judiciaes é considerada, por assim dizer, inteira e completa, quanto á lesões, porventura feitas aos direitos das partes, que lhes requerem despacho ou sentença. Diz Cooley:

“His doing justice as between particular individuals, when they have a controversy before him (the judge) is not the end and object which were in view when his court was created, and he was selected to preside over or sit in it. Courts are created on public grounds; they are to do justice

^{94.f} Mechem, *On Public Officers*, §§ 803 seg; §§ 848-49, e decisões, ahi citadas. Tratando-se de fornecimentos, feitos por particulares para mistéres do serviço publico, se tem decidido muitas vezes, que um agente do governo, agindo neste character, nao ontrahe a obrigação pessoal de responder pelos artigos fornecidos por sua ordem; o vendedor deve dirigir-se ao proprio governo (Macheath v. Haldimand, 1 T. R. 172; Jonnes v. Le Tombe, 3, Dali. 384; Gill v. Brown, Johns. 385; Randall, v. Van Vechten, 19 Johns. 63; Brown v. Austin, 1 Mass. 208; Adams v. Whittlesey, 3 Conn. 560; Ghent v. Adams, 2 Kelly, 214; Parks v. Ross, 11 How, 362;—apud Blackstone, 1.1, § 243, *nota* 2).

^{94.g} Mechem, loc. cit.

^{94.h} E' de ver, a respeito, as decisões mencionadas por Mechem (ob. cit. §§ 852-58).

as between suitors, to the end that peace and order may prevail in the political society, and that rights may be protected and preserved. The duty is public, and the end to be accomplished is public; the individual advantage or loss results from the proper and thorough or improper and imperfect performance of a duty, for which his controversy is only the occasion. The judge performs his duty to the public by doing justice between individuals, or, if he fails to do justice as between individuals, he may be called to account by the State in such form and before such tribunal as the law may have provided. But as the duty neglected is not a duty to the individual, civil redress, as for an individual injury, is not admissible”^{94.i}

Continuando, accentuára ainda o citado constitucionalista:

Whenever the State confers judicial powers upon an individual, it confers them with full immunity from private suits. In effect, the State says to the officer, that these duties are confided to his judgment: that he is to exercise his judgment fully, freely and without favor, and he may exercise it without fear; that the duties concern individuals, but they concern more especially the welfare of the State, and the peace and happiness of society; that, if he shall fail in a faithful discharge of them, he shall be called to account as a criminal; but that in order that he may not be annoyed, disturbed and impeded in the performance of these high functions, a dissatisfied individual shall not be suffered to call in question his official action in a suit for damages. This is what the State, speaking by the mouth of the “Common Law”, says to the judicial officer.”^{94.j}

84 f. — Quanto á responsabilidade do funcionario administrativo, a regra da materia é: só ha direito de acção contra elle por parte do individuo que se diz lesado, quando concorrem no acto os dous elementos do damno e da culpa juntamente; o damno, por si só, não autorisa a exigir a reparação:

“The mere fact that the individual has sustained injury by reason of the act of the public officer is not enough to create

^{94.i} Cooley, *On Torts*, p. 320.— Cf. Mechem, loc. cit., § 619 sg.

O segundo destes autores cita varias decisões, segundo as quaes, o juiz não deve jamais ficar sujeito a responder pessoalmente pelos actos da sua jurisdição aos individuos, que se julgam prejudicados por taes actos.

^{94.j} Apud Mechem, loc. cit., § 620 eg.

a right of action. In order to create the right of action, two things must concur,— DAMAGE to himself and WRONG committed by the other party.^{94.k}

Além disto importa não omitir que, não obstante o principio firmado, de que o Judiciario tem toda competencia para conhecer e julgar dos actos dos dous outros poderes, quando elles interessam aos direitos privados; todavia, os tribunaes se abstém de fazel-o, desde que se tratar de actos *politicos* ou *soberanos*, ou de outros, nos quaes caiba ao funcionario agir *discricionariamente*; respeitando desta sorte a independencia, que a Constituição reconhece igualmente a todos os poderes. Em consequencia, não só os órgãos do poder legislativo (Congresso Nacional, e Legislatura dos Estados) e do executivo (Presidente da Republica, e Governador de Estado), mas tambem os funcionarios, investidos de funções *governamentais* ou *discricionarias* (ministros e secretarios de Estado), não respondem civilmente por actos daquela natureza, muito embora sejam estes lesivos dos direitos privados.^{94.l}

§ 3º OBSERVAÇÃO COMPLEMENTAR

85. — Conforme a norma seguida neste titulo, o nosso trabalho é de simples *informação*, e não de *polemica*; porque desta já nos occupámos em outra parte, quanto nos pareceu bastante (hic, p. 211 - 331). Comtudo, antes de encerrar o presente capitulo, será conveniente additar algumas palavras acerca da doutrina da irresponsabilidade do

^{94.k} Mechem, loc. cit., § 599 sg. e decisões *ibi* citadas.

^{94.l} Loc. cit., § 601 sg. e decisões *ibi* citadas.

— Cumpre advertir, no entanto, que nenhuma lei geral, nem acto algum administrativo definiram jamais o que se deve entender por *acto discricionario* ou *governamental*, para o fim de subtrahil-o ao conhecimento da autoridade judiciaria, como succede em França por meio do seu Conselho de Estado. Pelo contrario, são os proprios tribunaes superiores, notadamente a *Côrte Suprema*, que, no uso da propria competencia, tem declarado, si no caso sujeito se trata, ou não, de actos que tenham aquelle caracter excepcional, ao terem de prestar a devida protecção aos direitos individuaes.

Estado, adoptada, como regra, pela jurisprudencia ingleza e norte-americana.

Mesmo pondo de parte os argumentos theoricos, que em contrario já foram adduzidos (p. 313 seg.), semelhante doutrina se mostra menos juridica, e menos garantidora dos direitos individuaes, do que a preferida pela jurisprudencia dos outros povos, reconhecendo a responsabilidade civil do Estado pelos danos dos seus representantes ou funcionarios, exceptuados embora numerosos actos, em vista da sua natureza especifica e dos altos fins, que taes actos se propõem.

Menos juridica; porque, partindo do falso principio, de que o Estado é *incapaz de fazer o mal*, distingue *arbitrariamente* entre os actos do funcionario, todos, aliás, praticados em seu nome e por sua autoridade,—para declarar, que acceita a autoria ou responsabilidade de uns (*actos legaes, ou mesmo illegaes, provenientes de vinculos contractuaes*), e rejeita a de outros, que *ferem igualmente o alheio direito*; quando, logicamente, sobre estes a responsabilidade se devia impor com a mesma força, visto incumbir ao Estado o dever de assegurar a inviolabilidade de todos os direitos sem distincção.

Menos garantidora; porque, supposto seja reconhecido ao lesado o direito de pedir a indemnisação do damno soffrido ao funcionario pessoalmente, ninguem ignora, que a capacidade de reparação deste, nem sempre, será bastante para satisfazer o damno causado, e, em todo caso, se ha de mostrar de solvabilidade incomparavelmente inferior á do Estado.⁹⁵

⁹⁵ Só, como razão de força tradicional, se explica essa theoria persistente da irresponsabilidade do Estado; quando, aliás, não se desconhece nos dous paizes em questão a boa doutrina da responsabilidade das pessoas juridicas em geral, pelos actos dos seus representantes. Eis o que a esse respeito ensina Cooley:—“Corporations are responsible for the wrongs *committed or authorised by them, under substantially the same rules*, which govern the responsability of natural persons. It was formerly supposed that those torts, which involved the element of evil intent such as batteries, libels and

85 a. — Como explicação particular ou razão historica, justificativa do systema da irresponsabilidade existente na Inglaterra, e, embora modificado, igualmente na Republica Norte - Americana, se tem commummente observado: que, predominando nesses dous Estados o *Selfgovernment*, carecem elles, por isto mesmo, de uma organização administrativa, ramificada por todo o paiz, mas constituindo *uma só unidade* pelos vinculos de dependencia hierarchica, que ligue e subordine todos os funcçionarios e repartições publicas a um Centro Superior, o Governo geral, de maneira que se possa dizer, que o acto de um funcçionario qualquer é um acto do referido Governo ou Estado. Ao contrario, o Governo Nacional, ou a Administração Publica é *distribuida*, senão, *parcellada* por numerosos governos ou administrações locaes (*local government, municipal corporations, local boards*), revestidas, cada uma dellas, de autonomia e responsabilidade propria, e cujos funcçionarios são, em regra, ou da sua livre nomeação, ou de eleição popular, e portanto, os actos de taes funcçionarios se distinguem dos actos do Estado, propriamente assim considerados, isto é, dos actos daquelles funcçionarios, por meio dos quaes o Estado delibera, ordena e age, immediata ou mediatamente, nos misteres do publico serviço.

the like, could not be conimitted by corporations, inasmuch as the State, in garanting rights for lawful purposes, had conferred no power to commit unlawful acts; and such torts, committed by corporate-agents, must consequently be *ultra-vires*, and the individual wrongs of the agents-themselves. But this idea no longer obtains. " — *On Torts*, § 119 sg. E depois de citar decisões de casos, confirmativas da nova doutrina da responsabilidade, Cooley ainda accentúa: "To deny redress against the corporations would, in many cases, be a denial of ali remedy...The rule is now well settled that, while keeping within the apparent scope of corporate powers, corporations have a general capacity to render themselves liable for torts,—except for those, where the tort consists in the breach of some *individual* duty; which from its nature could not be imposed upon or diseharged by a Corporation."— Ibidem.

Que resta, pois ? Que, considerado o Estado uma *associação* ou *pessoa juridica*, como realmente é, lhe sejam applicados os mesmos principios da doutrina que acaba de ser exposta. Infelizmente na Inglaterra, como nos Estados-Unidos, o que ainda predomina, é a concepção do Estado, como *poder* ou *autoridade soberana* somente; e, justamente dahi, é, que vem o corollario da sua supposta irresponsabilidade...

Depois, a circumstancia sabida de não haver um Contencioso Administrativo Nacional, chamando ao seu conhecimento os actos dos funcionarios em geral, como succede em outros Estados, e, ao envez disto, serem ditos actos sujeitos á autoridade judiciaria commum, nos casos de illegalidade ou lesão de direitos individuaes, do mesmo modo, que se pratica entre os individuos nas relações do direito privado,—faz com que *somente* se torne visivel aos olhos do interessado a responsabilidade *pessoal* ou *directa* do individuo-funcionario; desaparecendo da sua cogitação ess'outra responsabilidade, occulta ou mais remota, do Estado ou da Administração, pelos abusos do seu *representante*.^{95.a}

Por ultimo, é tambem de saber que, na pratica, não se dá jamais a *irresponsabilidade* completa da Administração, embora affirmada em principio. As administrações ou corporações locaes tem sido em diversos casos obrigadas a reparar os danos causados por actos do publico serviço^{95.b}; e o proprio Estado, por sua vez, não se tem recusado a prestar a devida indemnisação por danos causados em varias circumstancias.^{95.c}

^{95.a} Pelo que respeita á Inglaterra, a sua situação juridica na materia se resume nestas poucas palavras segundo o juízo de um autor moderno:

— Com o apagamento (*avec l'effacement*) quasi completo do poder central nas questões de administração; e com o direito que pertence ao juiz de expedir prohibições e interdictos aos agentes da administração, raramente se verá uma autoridade administrativa commetter impunemente illegalidades.

— Para toda lesão (*a tout tort*) ha um remedio em direito, diz a doutrina ingleza. Com effeito o *Banco da Rainha* e o *juiz de paz*, dada a reclamação de um cidadão lesado, dirigirão á autoridade administrativa — “*une defense, une mise en demeure, mente un ordre d'agir. Mieux qui cela: sil y a illegalité, le Bane de la Reine, par un writ of certiorari, réformera la decision prise par l'administration*”... A Inglaterra é o paiz, onde a responsabilidade pessoal do funcionario, para com os individuos lesados, é mais largamente praticada,—e tornada *effectiva*, juntaremos de nossa parte.—Lonné, *Les Actes de Gouvernement*, p. 144-145;—J. L. Delolme, *The Const. of England*, p. 374.—London, 1816.

^{95.b} Vide: Laferrière, loc. citado.

^{95.c} É de vêr decisões numerosas neste senitdo em Blackstone (l. I, p. 475, *nota 7, edição de Th. Cooley*.—Chicago, 1879).—Cf. Cooley, *Principies of Constit. Law*, p. 311 sg. e decisões ibi citadas.

85 b. — Fallando dos Estados Unidos em particular, temos no facto, que se segue, um exemplo indiscutível de que, não obstante o principio, “o Estado não responde pelos actos illictos (*for torts*) de seus funcionarios”, — na pratica, o mesmo Estado tem, todavia, admittido o contrario.

Tendo uma commissão da Camara dos Representantes (*the House of Representatives*) mandado chamar á sua presença Mr. Kilbourn, vendedor de bens immoveis em Washington, para o fim de exhibir os seus livros e depor acerca de dada transacção, e elle se tendo recusado a fazel-o, a Camará ordenou que Kilbourn fosse preso por desobediente, sendo para isto expedida a competente ordem pelo “*Speaker*” ao commandante da força (*Sergeant -at -arms*). Kilbourn foi conservado em prisão durante algum tempo, e depois, solto por *habeas - corpus* concedido pela Côte Suprema do Districto de Colombia. Uma vez solto, propoz a sua acção de danos contra o *Sergeant-at-arms*, que o prendera, e os membros da commissão, que haviam solicitado sua prisão á Camará. Os réos defenderam-se , allegando que se tratava de uma ordem da Camara dos Representantes, e a Côte Suprema do Districto de Colombia julgou procedente a defeza; mas, interposto o recurso para a Côte Suprema dos Estados Unidos (*on a writ of error*), esta, em uma decisão precedida de valiosas considerações, feitas no intuito de demonstrar a illegalidade da prisão ou a não-competencia da Camara para ordenal-a, — concluirá annullando o julgamento da Côte inferior, e condemnando o “*Sergeant -at-arms*” á indemnisação pedida (*Kilbourn, v. Thompson*, 103 U.S. n. 168). A importancia desta indemnisação não foi,porém, paga pessoalmente pelo “*Sergeant-at-arms*”, e sim, pelo Thesouro Federal, conforme a verba de credito, expressamente votada pelo Congresso Nacional para esse fim.

85 c. — Eis ahi pois reconhecido, um caso de responsabilidade civil do Estado, resultante de acto illegal dos seus representantes, e a cuja condenação o mesmo se submettêra, como uma obrigação de justiça.

A propósito do mesmo o juiz Miller^{95.d} escrevera:

“A decisão da Côrte Suprema é notavel, por estabelecer o direito de uma parte poder reclamar danos por uma prisão illegal... Ella foi recebida com satisfação geral, e seguida nos Estados da União em casos analogos. E ainda não menos importante,—por conter, de certo modo, uma fiscalização directa da Côrte Suprema dos Estados Unidos (*a direct control*) sobre as decisões e actos de um dos ramos do poder legislativo, feitos sem autoridade da lei (*made without the authority of the law*).”

Que importa, que o condemnado fosse o funcionario, quando o thesouro do Estado é, que teve de carregar com a importancia da indemnização?...

— Concluindo finalmente, ainda se podia relembrar, que nos casos de desapropriação, propria ou impropria, nos de violação de contractos, e bem assim na lesão formal de direitos, mesmo adquiridos em virtude de *concessões obtidas* do proprio Estado, a administração publica, sempre nos dous primeiros casos, e *muitas vezes* no ultimo, tem sido obrigada a prestar indemnização dos danos, causados pelos seus funcionarios ou por outros agentes legaes ao seu serviço.^{95.e}

^{95.d} Miller, ob. cit., p. 412-415.—Foster (ob. cit., t. I, p. 95) cita tambem diversos outros casos, nos quaes a responsabilidade do Governo da União fora admittida pelas cortes judiarias. No tocante á lesão de direitos individuaes dos estrangeiros, a União tem, ella propria, reconhecido a obrigação de prestar a devida indemnização, quando a lesão resulta de actos de culpa das autoridades do paiz. Assim o fez, entre outros, no *caso italo-americano da Nova Orleans*, em que se tratava do *linchamento* de alguns italianos que se achavam na prisão, tendo sido o crime perpetrado por um grupo de individuos, sem que as autoridades locais tivessem tomado as medidas precisas para evital-o. Vide: L. Le Par, *Etat Federal et Confederation d'Etats*, p. 810 seg. — Paris, 1806.

^{95.e} Vide: Cooley, loc. cit.;—C.Black, ob. cit., p. 366 sg. E 522 sg.:—Tiedeman, *Limitation of Police Power*, p. 372 sg. St. Louis 1886. Cf. Foster, ob. cit., t. I, §§ 36 e 37; etc. etc.

CAPITULO VI

A Jurisprudencia Brasileira

§ 1º INDICAÇÕES PRELIMINARES

86. — No Brazil jámais se pôz em duvida, que as pessoas juridicas do direito publico, nomeadamente o Estado, sem embargo da maior somma de *poder* e *privilegios*, que caibam institucionalmente á cada uma dellas, se acham sujeitas ás leis civis ou ao direito commum quanto aos effeitos das suas relações com as pessoas do direito privado; sendo, ao contrario, doutrina, corrente, que os litigios, em que as mesmas figuram activa ou passivamente, devem ser, em regra, decididos pelos tribunaes judiciarios e na fôrma dos processos ordinarios.

Os principaes privilegios reconhecidos a pessoa do Estado⁹⁶ pela lei brasileira se podem resumir nos seguintes: 1) Ter juizo *privativo* para todas as causas, em que for autor ou réo, assistente ou oppoente;^{96.a} 2) Não serem os seus bens sujeitos á penhora^{96.b}; 3) Gosar do beneficio de *restituição*, o qual, aliás, é commum aos menores e á outras pessoas incapazes^{96.c}; 4) Usar do processo executivo para a cobrança de suas dividas activas^{96.d}; 5) Gosar da prescrição das suas dividas passivas em prazo relativamente curto (cinco annos), e, ao contrario, do alongamento do referido prazo contra os seus devedores (quarenta annos)^{96.e}; 6) Serem processados e julgados administrativamente: *a)* os casos de

⁹⁶ Nos referimos, de preferencia, ao Estado, já por ser a pessoa de direito publico, que tem maiores regalias e privilegios, e já por constituir elle o objecto especial do presente trabalho.

^{96.a} Lei n. 242 de 29 novembro 1841; Ordem n. 6 e Instr. de 12 janeiro 1842; Dec. de 14 julho 1846 inserido na Ordem n. 78 de 3 agosto 1846; Dec. n. 3084 de 5 novembro 1808, parte 1ª, arts. 57, 58 sg.; Lei n. 85 de 1892, arts. 32-33, etc.

^{96.b} Const. do Imp. art. 16, § 15 ; Instr. da Dir. Geral do Contencioso de 10 abril 1851, art. 14, etc.; Consol. das leis civis, art. 586, §§ 1º e 2º e notas ibi; Lei n. 85 de 1892, art. 41.

^{96.c} Ord. liv. 3º, tit. 41, § 4º Cf. Souza Bandeira, *Novo Manual do Procurador dos Feitos*, § 77, etc.

^{96.d} Dec. n. 736 de 20 novembro 1850, art. 79; Dec. n.9885 de 29 fevereiro 1888; Dec. do Gov. Provisorio, n. 360 de 26 abril 1890. Cf. Souza Bandeira, loc. cit., § 85, etc.

^{96.e} Dec. cit. n. 736 de 1850, art. 80; Dec. n. 857 de 12 dezembro 1851.

prescrição das suas dividas; *b*) os litigios concernentes ao cumprimento, interpretação, validade, rescisão, e efeito das fianças, e bem assim os contractos celebrados com a administração publica tendo, por objecto, rendas, obras ou serviços publicos á cargo da mesma administração.^{96.f}

86 a. — O primeiro dos privilegios enumerados não significa, que a Fazenda Nacional ou o Estado esteja fora da sancção do direito *commum*. Além de haver outras pessoas, que tem igualmente juizo privativo para as suas causas, taes por exemplo, os militares em materia criminal (Reg. de 1º junho 1678, § 49; Cod. Proc. Crim., art. 171, § 1º; lei de 3 dezembro 1841, art. 109; Reg. n. 120 de 1842, art. 245; Const. Fed., art. 77), accresce que ao juizo privativo dos *Feitos da Fazenda* incumbe decidir os pleitos, de conformidade com os preceitos do referido direito ou certas disposições especiaes; guardadas, porém, em todo o caso *as mesmas formas das acções judiciais*, que são admittidas entre os proprios individuos particulares.^{96.g}

Do mesmo modo, o privilegio de *processo executivo* para a cobrança das suas dividas é somente quanto á forma processual, mas não, quanto ao fundo da questão (*decisorium litis*). E não é preciso ajuntar, que, de privilegio analogo tambem gosam outros titulos de credito, que não os do Estado, taes por exemplo, as dividas de alugueis de casas, as *hypothecarias*, os honorarios de advogados, as custas judiciais, etc.^{96.h}

— Dentre as regalias ou privilegios mencionados, só um delles seria, em verdade, capaz de subtrahir a pessoa-Estado a sancção do

^{96.f} Dec. n. 2343 de 29 janeiro 1859, art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º, etc.

^{96.g} Lei cit. n. 242 de 29 novembro 1841, arts. 3º e 14; Ordem e Instr. de 12 janeiro 1842, art. 4º; Instr. cit. da Dir. Ger. do Contencioso de 10 abril 1851, art. 9º

“Considerado como pessoa juridica, ensina a escola, o Estado tambem esta sujeito ás leis civis *communs* e os seus litigios á alçada do poder judiciario e as formulas *communs*”.—Ribas, Dir. Civ. Brasileiro, t. II, p. 119.

^{96.h} Ord. liv. 4º, tit. 23 § 3º, tit. 57 § 1º; Consol. art. 673; Dec. n. 169 A do 19 janeiro 1890; Dec. n. 870 de 2 maio 1890; Dec. n. 5737 de 2 setembro 1874, arts. 202 e 205; Dec. n. 3363 de 5 agosto 1899 ; Dec. n. 3422 de 30 setembro 1899, etc.

direito civil ou *commum*: é o que se refere ao processo e julgamento de certos litígios, exclusivamente, por autoridades administrativas. E como existe justamente uma relação directa deste privilegio com o assumpto, de que ora nos occupamos, será talvez conveniente examinar, ao menos por um rapido olhar, como as cousas se passavam, ou ainda se passam, a semelhante respeito.

86 b. — O Governo do Imperio, convencido da necessidade de subtrahir diversas questões, oriundas da administração publica, ao conhecimento do poder judiciario, “pela inconveniencia, segundo se dizia, que dahi podia resultar aos interesses de ordem publica e particular”,⁹⁷ pretendeu crear e organizar um *Contencioso Administrativo*, ao qual competisse processar e julgar as questões alludidas. Não chegou, porém, jamais a realização desse *desideratum*: o que tivemos no Imperio (e em parte, embora minima, ainda subsiste na Republica) com o titulo de “Contencioso Administrativo” nunca passou de simples ensaio... Nem mesmo, pelo que diz respeito aos serviços peculiares da Fazenda Publica Nacional, sobre a qual foram adoptadas disposições especiaes, mais ou menos detalhadas, acerca das reclamações contenciosas, não se conseguira estabelecer uma organização, digna do seu objecto e fins.

— O nosso Contencioso Administrativo em geral, confessaram os mais competentes no assumpto, não offerecia garantias; o seu processo era por demais deficiente e perfunctorio; tendo, apenas, *alguns vislumbres* de desenvolvimento e de regularidade no tocante aos negocios da Fazenda.^{97.a} Basta dizer, que a sua instituição não foi resultante de nenhuma lei organica, que lhe houvesse lançado as bases convenientes; fora formado, por assim dizer, aos pedaços, pelos regulamentos e instrucções que o Poder Executivo ia expedindo para a execução de certas leis, valendo-se das autorisações implicitas que nas mesmas se

⁹⁷ Visconde do Uruguay, *Ensaio sobre o direito administrativo*, t. I, p. 125 e 137 sg.

^{97.a} Ibidem, p. 135 sg.

continham.^{97.b} Dahi as arguições constantes que se faziam contra o Contencioso Administrativo: falta de principios assentados nos seus arestos; incerteza das materias, que deviam legitimamente caber á sua jurisdição; e outros graves defeitos que ninguem ignorava...

A este propósito lê-se na obra do Visconde de Uruguay, a que já nos temos referido:

“Excluido o que é exclusivo, e muito exclusivo, do Ministro da Fazenda, do Thesouro e repartições que lhe estão sujeitas (onde, já se disse, havia *vislumbres de regularidade*), é o Contencioso Administrativo, pelo que respeita aos outros Ministérios e ás Presidencias de provincia, *um verdadeiro cáhos*, no qual ainda não penetrou um só raio de luz.”^{97.c}

86 c. — Fosse, porém, como fosse, o Contencioso Administrativo existira durante todo tempo do Imperio, sendo exercido pelos ministros de Estado, pelos presidentes de provincia, e pelos outros chefes dos varios serviços da administração, — guardadas as hierarchias ou instancias estabelecidas nos regulamentos com recurso final para o Conselho de Estado.^{97.d}

Pelo que interessava peculiarmente á Fazenda Publica Nacional, fora estabelecido, como doutrina certa e indiscutivel, que ás autoridades administrativas da mesma competencia processar e decidir as questões contenciosas que versassem:

^{97.b} São de citar, como principaes, a esse respeito: Reg. n. 124 de 5 fevereiro 1842, expedido para a execução da lei n. 234 de 23 novembro 1841, que creou o Conselho de Estado; Decs. n. 730 do 20 novembro 1850, que reorganizou o Thesouro Nacional; n. 870 de 22 novembro 1851, que regulou as Thesourarias de Fazenda nas Provincias; n. 2343 de 29 Janeiro 1859, que fez diversas alterações nos doas anteriores; e n. 2548 de 10 março 1860, que regulou a tomada de contas;—todos elles expedidos em virtude da lei n. 563 de 4 julho 1850. Seriam tambem de citar igualmente: as Ordens n. 160 de 5 julho, e 268 de 8 outubro, ambas de 1859, assim como numerosos outros actos, que deixamos de indicar por não serem de importancia capital na materia.

^{97.c} Ob. cit., p. 157.

^{97.d} Qual tenha sido a marcha do Contencioso Administrativo, a datar de 1808, é de vêr:—Visconde do Uruguay, Ob. cit., p. 137-153.

a) sobre lançamento, applicação, isenção, arrecadação e restituição de impostos, e quaesquer outras questões entre os contribuintes e a Administração, relativamente á materia das rendas publicas;

b) sobre apprehensões, multas e outras penas, nos casos de fraude, descaminho, e contrabando, ou outras infracções das leis fiscaes;

c) sobre as fianças e contas dos responsaveis;

d) sobre o cumprimento, interpretação, validade, rescisão, e efeitos das fianças dos mesmos, e dos contractos que tivessem por objecto quaesquer rendas, obras ou serviços publicos a cargo da Administração da Fazenda;

e) sobre os casos de prescrição, quer das dividas activas, quer das dividas passivas da Fazenda.^{97.e}

— As decisões dos chefes das Repartições de Fazenda, do Tribunal do Thesouro, e do Ministro da Fazenda, nas materias de natureza contenciosa, proferidas dentro da sua competencia, tinham a autoridade e força de sentença dos tribunaes de justiça.^{97.f}

Além disto, tambem se achava expressamente declarado em lei, que a autoridade judiciaria não devia interferir em objecto administrativo, e si o fizesse, cumpria ao funcionario competente levantar o conflicto de jurisdicção.^{97.g}

— Ora, em vista das disposições que foram citadas, é innegavel que, pelo menos com relação aos negocios da Fazenda

^{97.e} Dec. cit., n. 2343 de 1859, arts. 1º, 3º, 4º, etc.

^{97.f} Dec. cit., n. 2343, art. 25.

^{97.g} Dec. n. 124 de 5 fevereiro 1842, art. 24; Av n. 268 de 3 outubro 1859; Dec. n. 2548 de 10 março 1860, art. 38; Av. n. 348 de 30 julho 1862.—Diversas Consultas e Resoluções do Cons. de Estado declararam igualmente ser inadmissivel a intervenção judiciaria nos negocios da Fazenda Publica, que acima foram indicados.

Nacional, se havia chegado a formar uma jurisdição contenciosa administrativa; a qual existiu effectivamente, funcionando segundo normas certas, conhecidas, e firmando verdadeiros arestos com força obrigatoria sobre os casos occorrentes.^{97.h}

Actualmente, isto é, na Republica não ha mais nenhum *Contencioso Administrativo* organizado, com jurisdição propria, capaz de subtrahir o conhecimento de dados feitos aos juizos ou tribunaes da justiça commum. O que subsiste e nem podia deixar de subsistir, é o processo e despacho ordinario dos actos administrativos pelos respectivos funcionarios ou autoridades, admittindo-se recurso das suas decisões, de umas para outras, segundo a hierarchia dellas, estabelecida nas leis. Quanto aos actos de *fianças, tomadas de contas, ou de responsabilidade pelos dinheiros publicos*, etc, o seu conhecimento pertence agora ao *Tribunal de Contas*, creado pela lei n. 392 de 8 de outubro de 1896, o qual resolve e decide a respeito, como verdadeiro Tribunal de justiça, e não como simples repartição de character administrativo (*Dec. n. 2409 de 28 dezembro 1898*).

86 d. — Mas, muito embora sujeitas ao conhecimento do Contencioso Administrativo as questões diversas, de que acima se fêz menção, uma cousa se póde, todavia, assegurar com inteira verdade: é, que no Brazil nunca se ensinou ou prevaleceu a *irresponsabilidade* do Estado pelos actos lesivos dos seus representantes. — Si não havia, nem ha uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da *responsabilidade civil* do Estado; nem por isso é menos certo, que essa responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares; e a julgar do teor das suas disposições

^{97.h} Quanto aos negocios contenciosos, que corriam pelos outros ministerios, que não o da Fazenda, nunca houve nada de regular e definido nas leis e na pratica; a materia dos diversos contractos, celebrados com esses ministerios, continuara a ser regulada pelas prescripções do direito commum.—Ribas, Dir. Civil Bras., t. II, p. 167, e nota.

consagradas, e dos numerosos julgados dos tribunales de justiça, e das decisões do proprio Contencioso Administrativo, enquanto existiu, é de razão concluir,—que a theoria, acceita no paiz, tem sido SEMPRE a do reconhecimento da alludida responsabilidade, ao menos em principio; ainda que deixando juntamente largo espaço para frequentes excepções, em vista dos fins e interesses superiores, que o Estado representa e tem por missão realizar em nome do bem commum.

Tal é, com efeito, a verdade de facto, sabida de todos, e sobre a qual não haveria mister de insistir.

— Ruy Barbosa, tendo de referir-se á presente questão em um dos seus trabalhos mais recentes, se exprimira desta sorte:

“Na jurisprudencia brasileira nunca logrou entrada a theoria da irresponsabilidade da Administração pelos actos dos seus empregados. Apesar de profundamente repassada na influencia do direito romano, a nossa evolução juridica, modificada pelo concurso dos elementos liberaes que intervieram sempre na educação do pensamento nacional, não deixou penetrar no espirito dos nossos tribunales essa revivescencia democratica dos privilegios regalistas. Sempre se professou nos nossos cursos, e nos nossos auditorios se proclamou sempre a noção da imputabilidade das pessoas moraes pela culpa contractual ou aquiliana dos seus representantes... Pelo damno causado ao direito de particulares não hesitaram jamais as justiças brasileiras em responsabilisar municipalidades, provincias, estados, o governo do imperio, o da republica, tendo por idéa inconcussa a de que, no ministro, no presidente, no governador, no prefeito, em todos os que administram, ou servem á uma funcção administrativa, conta a administração publica verdadeiros prepostos, cuja entidade, pelo principio da representação, desaparece na do proponente. Não desanimam, é certo, os procuradores do erario. Mas, não obstante o brilho superficial que ás velleidades regalistas vae emprestando hoje, entre nós, o reflexo dos Mantellinis, a linha da tradição antiga se não quebrou; os julgados, na magistratura municipal, na estadoal, na federal, repetidos e uniformes, em acções de perdas e danos, vão dia a dia augmentando o thesouro opulento dos arestos, que fazem

talvez da nossa jurisprudencia, a esse respeito, a mais persistente e copiosa de todas.”^{97.i}

87. — No tocante aos funcionarios ou empregados publicos, incluindo entre esses os magistrados, quer durante o regimen monarchico, quer no regimen republicano actual, a lei tem sido sempre expressa em declarar a responsabilidade penal dos mesmos (Const. Imp., art. 156 e 179, § 29; Cod. Crim. de 1830, arts. 137 - 166; Cod. Proc. Crim., arts. 150 sg.; Const. Fed., arts. 82 e 83; Cod. Penal de 1890, arts. 207 sg.); podendo o processo contra taes funcionarios ser promovido, tanto por queixa da parte offendida, como por denuncia do Ministerio Publico (Cod. Penal cit., art. 407).⁹⁸ E não se ignora, que a lei brasileira colloca, immediatamente ao lado da responsabilidade penal, a responsabilidade civil, isto é, a obrigação de satisfazer o damno resultante do delicto; se achando estabelecidas a esse respeito, além de outras, as seguintes disposições:

— A satisfação será sempre a mais completa que fôr possível, sendo no caso de duvida á favor do offendido (Cod. Crim. de 1830, art. 22).

— O perdão ou minoração das penas impostas aos réos, com que os agraciara o Poder Moderador, não eximira da obrigação de *satisfazer* o mal causado em toda a sua plenitude (Cod. cit., art. 66).

— A indemnisação em todos os casos será pedida por acção civil... (Lei de 3 dezembro 1841, art. 68; Cod. Pen. de 1890, art. 69 *b*, e art. 70); sendo licito ao offendido pedir a indemnisação do damno independentemente da condemnação criminal do delinquente (Cod. Crim. de 1830, art. 31, § 3º; *Revista “do antigo Sup. Trib. de Justiça”* n. 8894

^{97.i} “*A Culpa Civil das Administrações Publicas*”.— Rio, 1898.

⁹⁸ O Assento de 28 novembro 1634 declarára, que os desembargadores não podiam ser demandados pelas sentenças que dessem, ainda que as partes se considerassem lesadas por ellas. Esta doutrina, porém, tornou-se insustentavel em vista da generalidade do art. 21 do Cod. Crim. de 1830, que impunha a todos os delinquentes sem excepção a obrigação de satisfazer o damno causado com o delicto.

de 16 junho 1876; Pimenta Bueno, Proc. Crim. n. 383 sg.; Ribas, Dir. Civil Brás., t. II, p. 162 - 163).

— A isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil (Cod. Pen. de 1890, art. 31).

As disposições, que ficam transcriptas, sobre a obrigação de satisfazer o damno causado pelo delicto, muito embora capituladas em diversos artigos do Cod. Criminal do Imperio (arts. 21 - 32), foram igualmente consolidadas, como direito vigente, em materia civil (T. de Freitas, Consol. das leis civis, . art. 798 sg.).

— Quando a obrigação, de satisfazer o damno do delicto, e tambem do quasi - delicto, recae sobre a Administração Publica, ou melhor dizendo, sobre o Estado, as referidas disposições lhe são por igual applicaveis; porquanto, já vimos que segundo a lettra expressa do proprio Cod. Penal (art. 31), a *isenção* da responsabilidade penal (a qual não póde ser imposta ao Estado, como pessoa juridica) não implica a da responsabilidade civil.^{98.a}

87 a. — Si, como se disse, não ha uma lei geral, firmando a responsabilidade civil do Estado, não faltam, todavia, disposições especiaes, reguladoras de varios actos ou serviços da Administração Publica, que reconhecem expressamente dita responsabilidade nos casos de lesão dos direitos individuaes, commettida pelos seus representantes. Além de outras, são do lembrar neste sentido as seguintes:

1) A administração individual ou colectiva de uma estrada de ferro é civilmente responsavel pelos danos que causarem os seus empregados no exercicio de suas funcções (Dec. n. 1930 de 26 abril 1857), regra, que prevalece com o mesmo vigor e applicação contra o

^{98.a} Em trabalho forense, que foi publicado no “*O Paiz*” (Rio Janeiro, 2 maio 1901) o dr. Oliveira Santos faz ama resenha olara e precisa das disposições da lei sobre este ponto, e das razões juridicas da sua applicação aos factos lesivos da autoridade publica.

Estado, tratando-se de estradas de ferro ao mesmo pertencentes. Com relação á obrigação particular de responder por perdas e danos dos objectos ou valores confiados a administração da estrada de ferro para o fim de transporte, — nos casos de extravio e avaria, lhe são sem reserva applicaveis as proprias disposições do Cod. do Com. (art. 99 sg.), as quaes reconhecem a referida obrigação pela malversação ou omissão dos respectivos agentes, etc. (Cf. Dec. n. 9417 de 25 abril 1885, art. 121).^{98.b}

2) A Repartição Geral dos Telegraphos terá especial cuidado na collocação das linhas, afim de que não prejudiquem á propriedade particular, e deverá reparar ou indemnizar os danos causados de qualquer natureza que sejam. Aquelle que se julgar prejudicado pelo estabelecimento de qualquer linha cabe recurso immediato ao Governo (Decr. n. 1663 de 30 janeiro 1894, art. 552; Decr. n. 4053 de 24 junho 1901, arts. 538, etc).

3) Quanto ao serviço especial dos Correios está declarado, que a “União” é responsavel: *a)* pelos valores declarados em carta e encommendas registradas; *b)* pelas quantias confiadas ao Correio para a emissão de vales ou cheques; *c)* pelas quantias cobradas por intermedio do Correio e por conta de terceiros, — de titulos, letras e obrigações pagaveis á vista; *d)* pela importancias recebidas para assignaturas de jornaes e outras publicações periodicas; *e)* pelos valores, a que se referem os casos previstos nos aceordos e convenios internacionaes (Dec. n. 1692 A de 10 abril 1894, art. 8º; Dec. n. 2230 de 10 fevereiro 1896, art. 6º).

4) Pelo que respeita ao serviço aduaneiro, se acha disposto:

^{98.b} Nas “Condições Regulamentares” da Estrada de Ferro Central do Brasil, de propriedade do Estado, a responsabilidade da administração se acha reconhecida, assim como especificados os casos, em que a mesma responsabilidade deve cessar. Vide: Condições Regulamentares ditas, arts. 70, 161 e 232 sg.

"Reputar-se - ha damno, todo e qualquer estrago, prejuizo ou avaria que soffrerem as mercadorias ou seus envoltorios, desde o seu desembarque nas pontes ou cães das alfandegas ou mesas de rendas, ou de seus entrepostos, armazens e depositos, até a sua entrega, ou sahida legal; e *extravio*, todo e qualquer descaminho, falta ou não - entrega das mercadorias depositadas, ou sob a guarda da Repartição...Os empregados, guardas, operarios e serventes da alfandega ou mesa de rendas são responsaveis pelo damno ou extravio reconhecido, em virtude de denuncia ou queixa, ou qualquer outro motivo, nas mercadorias que estiverem a seu cargo, sob sua guarda, ou sujeitas á seu exame, desde que se prove que o extravio ou damno foi occasionado por fraude, malversação, omissão, negligencia, culpa ou outra qualquer causa que poderiam ter prevenido ou evitado. Verificado o damno ou extravio, e reconhecido o seu autor ou causador,—si este não puder satisfazer *logo* a sua importancia, será satisfeita á custa do cofre da alfandega ou mesa de rendas, com direito e acção regressiva contra o mesmo." (*Consol. das leis das alfandegas e mesas de rendas*, arts. 246 - 250).

Segundo se vê, o que a lei admite no caso, é a responsabilidade subsidiaria do Estado pelo acto lesivo do seu empregado ou proposto; mas ella assim o faz de maneira immediata e completa, como resulta dos proprios termos indicados.^{98.c}

5) Relativamente á materia de *desapropriação*, feita por *necessidade* ou *utilidade* publica, disposições expressas garantem a indemnização devida, quaesquer que sejam os casos e circumstancias

^{98.c} A respeito dos objectos recolhidos ás diferentes caixas ou cofres do Deposito Publico, regalado pelos decretos,—de 8 janeiro 1835, do 1º dezembro 1845, de 22 janeiro 1847 e 19 março 1898, a responsabilidade do Thesouro Publico pela sua entrega não foi jamais objecto de duvida nos julgados da nossa jurisprudencia, dado, porventura, o seu extravio por negligencia ou fraude do respectivo funcçionario.—Quanto ás demais caixas publicas, em que tambem se recebem depositos, como sejam, *o cofre dos orphãos, dos bens de defuntos e ausentes, a caixa economica*, etc. a responsabilidade do Estado é perfeita, considerando-se taes depositos, como divida fluctuante do mesmo. Vide: Amaro Cavalcanti, *Elementos de Finanças*, p. 403 sg.—Entendemos, que igual doutrina deve prevalecer com relação ao *Deposito Geral*, regulado pelo dec. n. 2818 de 23 de fevereiro 1898, sobretudo, em vista das disposições constantes dos seus artigos 19 e 21, quanto ao producto dos bens abandonados e o saldo dos rendimentos do Deposito Geral.

(Const. do Imp., art. 179, § 22; Const. Fed., art. 72, § 17; Lei n. 85 de 20 setembro 1892, art. 15, § 9 e art. 37; Lei de 9 setembro 1826; Dec. n. 353 de 12 julho 1845; Dec. n. 816 de 10 julho 1855; Dec. n. 1664 de 27 outubro 1855; Lei n. 221 de 1894, art. 50; Lei n.3129 de 1882, art. 1º §, 4º; Lei n. 1021 de 26 agosto 1903; e Dec. n.4956 de 9 setembro 1903).

6) Tratando-se de decisões judiciais, a lei determina que, declarado o individuo inocente de uma condenação criminal, em consequencia de revisão feita pelo Supremo Tribunal Federal,—a sentença de reabilitação consequente reconheceria ao reabilitado o direito á uma justa indemnização, que será liquidada em execução, por todos os prejuizos soffridos com a condenação. A Nação ou o Estado são responsaveis pela indemnização (Cod. Pen. de 1890, art. 86, § 2º). Por disposição particular estão tambem especificados os casos, em que esta indemnização deixa de ter logar; e bem assim que, prestada a indemnização, o Estado terá acção regressiva contra as autoridades e as partes interessadas na condenação, que forem convencidas de culpa ou dolo (Lei n. 221 de 1894, art. 84).

7) Em lei ultimamente votada pelo Congresso Federal, relativa á reorganisação do Districto Federal (n. 939 de 29 dezembro 1902), não obstante se ter vedado a concessão de interdictos possessorios pelas autoridades judiciais contra os actos do Prefeito Municipal, foi, todavia, reconhecido o direito de pedir indemnização pelos danos soffridos, nestes termos:

Fica salvo ao particular lesado o direito de reclamar judicialmente; as perdas e danos, que lhe couberem, si o acto administrativo tiver sido illegal, ou si nelle tiver havido excesso de poderes (Lei n. 939, art. 17; Dec. n. 5160 de 8 março 1904, art. 45).

8) A respeito das medidas, tomadas ou ordenadas pela autoridade sanitaria, prevalece disposição identica á que se refere aos actos do Prefeito Municipal, e da qual vimos de fazer a devida menção (Lei

n. 1551 de 5 de janeiro de 1904, art. 1º, § 20; Dec. n. 5156 de 8 março 1904, art. 288).^{98.d}

^{98.d} Quanto ao *Proj. do Cod. Civ. Brasileiro*, já aprovado pela Câmara dos Deputados na Sessão Legislativa de 1902 e pendente da deliberação do Senado, cumpre dar uma breve notícia.

— No Projecto primitivo, elaborado por *Clovis Bevilacqua*, a responsabilidade civil estava expressamente articulada nestes termos: As pessoas jurídicas de direito publico responderão pelos danos causados por seus representantes: 1º Quando estes obrarem no exercicio da porção de poder publico que lhes é confiado, si a lei nao tiver determinado, para o caso, a simples responsabilidade pessoal do funcionario; 2º Quando, em nome dellas praticarem actos de direito privado, dentro dos limites de suas attribuições (Proj. cit. art. 42). E consoantemente, no titulo das *obrigações resultantes dos actos illicitos*, se dizia: A responsabilidade da União, dos Estados e dos Municipios, a que se refere o art. 42 n. 1, pode provir da omissão do funcionario no cumprimento dos deveres, que lhe incumbem, ou do máo uso da porção de poder publico que lhe é confiado (art. 1647). Mais ainda: “Todo aquelle que responde pelo damno causado por outrem pode repetir do autor o que houver pago por elle, salvo si este for seu descendente. Esta disposição aproveita á União, aos Estados e aos Municipios, quando repararem danos causados por seus funcionarios” (art. 1648). Além disto, tratando das penas, em que incorre o credor, que cobra divida não vencida, ou não existente, ou já paga no todo ou parte, sem resalvar o recebido (art. 1652-53), o Projecto-Bevilacqua acrescentara: “As penas comminadas nos dois artigos antecedentes são tambem applicaveis á Fazenda Publica, sempre que promover cobrança indevida, salvo seu direito regressivo contra os seus agentes ou representantes, culpados por prevaricações, abuso de poder ou falta de exacção no cumprimento dos respectivos deveres” (art. 1654).

— No Projecto, revisto pela *Commissão do Governo*, foi conservado o art. 42, assim redigido: As pessoas jurídicas de direito publico responderão pelos danos causados por seus representantes: 1º Quando estes agirem no exercicio de suas funcções, excepto si praticarem abusos ou omissões, pelos quaes serão os unicos responsaveis; 2º Quando era nome dellas praticarem actos de direito privado, dentro dos limites das suas attribuições.—Ao tratar, porém, das *obrigações resultantes de actos illicitos*, a Commissão supprímio o disposto no art. 1617 do Projecto-Bevilacqua, conservando, apenas, o do art. 1654, posto agora sob o numero de art. 1826. A nova redacção dada ao art. 42 do Projecto foi proposta pelo Conselheiro O. H. d’Aquino e Castro, membro da supradita *Commissão Revisora*, depois de haver fundamentado o seu voto a semelhante respeito. (Vide: “*Actas dos Trabalhos da Commissão Revisora do Projecto do Codigo Civil Brasileiro elaborado pelo Dr. Clovis Bevilacqua*”.— Rio, 1901).

— No Projecto aprovado pela Câmara dos Deputados, a unica disposição adoptada sobre a materia é a seguinte: As pessoas jurídicas de direito publico só responderão pelos danos causados por seus representantes, quando estes, em nome dellas, praticarem actos de direito privado dentro dos limites das suas attribuições (art. 15). No titulo das *obrigações resultantes de actos illicitos* não se faz mais nenhuma referencia ás pessoas de direito publico. E’, como se vê, uma disposição assaz restrictiva, incompleta, e cuja redacção obedecera evidentemente á idéa de implantar no Codigo Civil a theoria conhecida da distincção dos actos publicos, em actos de *imperio* o actos da *gestão*,—tornando o Estado somente responsavel pelos danos provenientes dos ultimos; doutrina, que certamente não satisfaz aos interesses da justiça, como já tivemos occasião de ver (hic. p. 255 sg.). Evidentemente, a disposição do Projecto-Bevilacqua assentava em fundamentos mais solidos de razão e justiça. Emendou-se para peor.

— Tendo-nos cabido concorrer para os trabalhos da *Commissão Especial* da Câmara dos Deputados sobre o Projecto do Codigo Civil, pretendemos que ao menos se

87 b. — Conforme se verifica das ultimas disposições citadas, o principio da *responsabilidade civil* se acha admittido contra os actos do poder publico nos termos mais expressos. Só resta, fazel-o applicar ás especies analogas. Si o principio é verdadeiro com relação á administração dos serviços municipaes e da saude publica, elle deve sel - o igualmente com relação aos demais serviços publicos, em que se dêr a lesão dos direitos individuaes: "*Ubi eadem ratio, ibi idem jus*".

A disposição da lei n. 939, acima mencionada, presuppõe, todavia, a condição da illegal idade do acto ou o excesso de poder por parte do agente, para que se possa dar o direito á indemnisação,— o que não nos parece assaz justificado; porquanto é ocioso repetir, que a lesão dos direitos individuaes pode tambem ter lugar, mesmo procedendo o funcionario dentro da mais stricta legalidade.

— Além das disposições legislaivas, que deixámos indicadas, convém lembrar, como documento irrecusavel, de que a doutrina corrente no paiz é a da responsabilidade do Estado pelos actos lesivos dos seus representantes ou prepostos, o facto frequente, — que, independentemente de condemnação judiciaria, o governo se tem em geral reconhecido obrigado á prestar indemnisação pelos danos diversos dessa origem, á vista de simples requerimento ou reclamação da parte, que se mostra provadamente lesada nos seus direitos.

deixasse, desde logo, clara e definida, a responsabilidade civil do Estado a respeito de determinados casos. Neste intuito, ao tratar das "*obrigações por actos illicitos*", apresentámos á Comissão o seguinte *additivo*: "A Fazenda Publica responde pelos actos de seus representantes ou funcionarios, segando o disposto no art. 15, nos seguintes casos: 1º quando se dêr a lesão de um direito privado effectivamente adquirido nos termos do art. 3º deste codigo; 2º quando a administração faltar á fé dos contractos, ou os romper no todo ou em parte; 3º quando em consequencia de medidas puramente administrativas, ou do estabelecimento e execução de serviços e obras publicas em geral, inclusive as de operações militares, resultar damno á propriedade particular; 4º quando, na guarda de bens e valores, ou na gestão e exploração de serviços de natureza industrial, a administração publica assumir os riscos e perigos que lhes são peculiares".—Este *additivo*, ainda que incompleto, e visando, tão somente, *explicar* o conteudo do art. 15, já adoptado, não logrou ser acceito pela Comissão.

A presente asserção, assentando sobre factos notorios, por ninguem ignorados, dispensa-nos, sem duvida, de mencionar casos particulares para o fim de corroboral-a.^{98.e}

§ 2º CASOS E DECISÕES

88. — Ainda que assaz conhecida em nossa litteratura juridica⁹⁹ a doutrina, que distingue os actos da administração publica em actos de *imperio* e actos de *gestão*, e não se ignore juntamente, que a significação especifica destes vocabulos tenha sido, por vezes, invocada nas discussões judiciais e nos proprios *considerandos* das sentenças; é licito comtudo não affirmar, que semelhante doutrina se acha recebida em nossa jurisprudencia, como *criterio decisivo* dos seus arestos.^{99.a}

Pelo contrario, si alguma cousa se póde apontar, como regra da jurisprudencia brasileira sobre a questão, é, como já se disse, a admissão do principio da responsabilidade geral do Estado; sendo esta affirmada, ou negada nos casos particulares, segundo ás circumstancias e provas do respectivo facto, e nem sempre, a dizer toda a verdade,

^{98.e} Bastará rever a esse respeito a lista dos creditos abertos em cada exercicio financeiro pelo governo, para cada um convencer-se das importancias, as vezes avultadas, que o Estado tem pago a titulo de indemnisação de damnos causados poios seus representantes ou funcionarios, independentemente de acção judicial, que a isso o tenha obrigado. Pelo que se refere as reclamações de direito internacional privado, pode-se dizer, que esta é a regra; quando, as reclamações desta especie deviam aliás, ser sujeitas, antes de tudo, ao exame e decisão dos tribunaes do paiz, para dizerem sobre a sua procedencia e justiça.

⁹⁹ Em duas leis federaes, do n. 939 de 1902 e de n. 1151 de 5 de janeiro 1904, vemos empregada, pela primeira vez, a expressão "*actos ratione imperii*", como razão justificativa das proprias disposições.

^{99.a} Não são ainda numerosos os trabalhos especiaes, publicados no Brasil, sobre a *responsabilidade civil do Estado*, ou doutras pessoas juridicas do direito publico. De nosso conhecimento podemos apenas indicar: de data anterior,—o que se encontra em Ribas, *Direito Civ. Brasileiro*, t. II, pags. 119 e 157 (Rio Janeiro 1865), e de datas mais recentes: Ruy Barbosa, *A Culpa Civil das Administrações Publicas* (Rio Janeiro 1898); João Vieira, Razões na Appellação n. 626 do S. T. F. (Rio Janeiro 1900); Idem, idem na Appellação n. 893 (Rio Janeiro 1903); Amphiphio de Carvalho *Responsabilidade Pecuniaria da União ou Razões na Appellação do S. T. F* n. 795 (Rio Janeiro 1902); J. S. Viriato de Medeiros, *Responsabilidade Civil do Estado* ou Razões na Appellação do S. T. F. n. 851 (Rio Janeiro 1903).

guardando-se inteira coherencia nos fundamentos das sentenças proferidas...

Portanto, supposta ainda entre nós a carência de um *systema* firmado sobre o assumpto, e não reconhecendo, de nossa parte, outra verdade juridica da materia, que não seja o principio da *responsabilidade geral* (hic. p. 266 sg.),^{99.b} passaremos, desde logo, a revistar o que se encontra a respeito na lei e na jurisprudencia do paiz, tomando, principalmente, para argumento desta, os julgamentos diversos do Supremo Tribunal Federal, sem excluir muito embora as decisões de outros tribunaes e juízos, cuja menção nos pareça de igual conveniencia.

88 a. — DAMNOS PROVENIENTES DAS LEIS E ACTOS DO GOVERNO. Se tem geralmente admittido, como regra de direito publico, que os individuos não podem reclamar indemnisação do Estado pela lesão, que as leis tragam porventura aos seus direitos individuaes; a menos que, das proprias disposições dellas não resulte o reconhecimento de um direito á essa indemnisação. Este principio geral, se póde dizer, constituíra, sem restricção, o *direito positivo* e a jurisprudencia dominantes ao tempo do Imperio.

Na Republica, porém, já não seria licito affirmar - o de maneira tão categorica. Cabendo, agora, ao poder judiciario a faculdade do julgar da *validade* das leis, é manifesto que o individuo, que se considerar lesado pelos seus dispositivos, póde levar á sua acção ao referido poder e, uma vez obtida a annullação da lei, poderá igualmente, segundo as circumstancias do caso, exigir e obter uma *justa indemnisação da lesão soffrida*.

^{99.b} Não sendo acoeita por nós a distincção entre actos de *imperio* e actos de *gestão*, adoptámos, como se viu, com relação á morparte dos capitulos precedentes, a divisão de *actos legaes* e *actos illicitos* ou *illegaes*; fizemol-o, porém, como simples questão do methodo na exposição da materia, e nada mais. Quanto á jurisprudencia brasileira, pareceu-nos mais conveniente, tratar dos factos concernentes á mesma, usando ainda de maior liberdade na sua classificação.

De certo, declarada uma lei invalida ou inconstitucional por decisão judiciaria, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar a União, Estado, ou Municipio, a reparar o damno causado ao individuo, cujo direito fora lesado,— quer restituindo-se -lhe aquillo que indevidamente foi exigido do mesmo, como succede nos casos de impostos, taxas ou multas inconstitucionaes, — quer satisfazendo-se os prejuízos, *proadamente* soffridos pelo individuo com a execução da lei supposta.

Com effeito, em casos diversos sujeitos ao seu conhecimento, o Supremo Tribunal Federal já se tem pronunciado de accôrdo com esta doutrina. (S. T. F. 30 janeiro, 13 e 23 fevereiro, 2 março, 4, 9, e 25 setembro, 1895; 23 maio, 9 dezembro 1896; 13 fevereiro de 1897; 30 novembro 1898; 29 julho, e 16 dezembro 1899; 13 janeiro de 1900; 9 janeiro, e 10 agosto 1901; 4 janeiro 1902; 18 junho, e 31 outubro 1903).^{99.c}

^{99.c} E' de advertir, que o S. T. F., em relação á *reparação do damno*, se tem limitado, na maioria dos casos, a mandar restituir o indevidamente recebido, ou a pagar o que o lesado deixara devidamente de receber; de maneira que não se póde affirmar, que haja jurisprudencia certa, fundada a respeito. Isto mesmo confessara o proprio presidente do Sup. Trib. Federal nos seguintes termos: "Quanto aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, é certo, que por mais de uma vez tem sido a Fazenda Publica condonada a pagar avultadas quantias a titulo de indemnisação de damnos, por actos praticados sem authorisação legal por agentes da autoridade; mas tambem é verdade, que taes decisões tem sido tomadas com votos vencidos o perfeitamente fundamentados, como os do accordam de 27 de julho de 1898 na app. civ. n. 875; e ha julgamentos em sentido contrario, oomo o de 21 de novembro do mesmo anno na app. civ. n. 834, reconhecendo que,"si houve abuso ou omissão da parte dos que se apoderaram da propriedade alheia, são por esses factos responsaveis, não a Fazenda Publica, mas os funcçionarios publicos que os praticaram no exercido de seus cargos."Não ha, pois, jurisprudencia assentada sobre assumpto de tamanha importancia; e justamente para que não prosiga a duvida, convém que seja no codigo firmada a verdadeira doutrina que, no meu ver, é a que estabelece a responsabilidade do Estado pelos prejuizos causados a terceiros pelos funcçionarios publicos, somente quando provenham do regular exercicio das funcções respectivas; responder o patrimonio da Nação pelos damnos provenientes de um acto arbitrario ou de um abuso, é inverter os principios de direito, em virtude dos quaes deve indemnizar o damno aquelle que o causou (art. 69b do Cod. Penal) e esquecer o que prescreve a Constituição Federal no art. 82." (*Actas da Comissão Revisora do Proj. Cod. Civil*, p. 101).

— Estas considerações do illustre presidente do S. T. F. foram feitas ao discutir a questão de saber, si o principio da responsabilidade do Estado pelos actos lesivos de seus

— Do mesmo modo tem procedido o Judiciario acerca dos decretos, regulamentos, instrucções e mais actos dos representantes do Poder Executivo, isto é: uma vez declarados invalidos ou illegaes, a respectiva decisão tem reconhecido juntamente a obrigação de prestar a devida indemnisação ao lesado pelos cofres publicos, alem de varios outros, nos seguintes casos:

a) Nos de demissão ou aposentadoria de funcionarios publicos, bem como na demissão ou reforma de officiaes militares (S. T. F. 19 setembro, 27 novembro 1895; 16 maio, 3 outubro, 21 novembro 1896; 7 abril 1897; 19 março, 10 e 24 setembro, 7 novembro, 5 dezembro 1898; 8 julho, 30 agosto, 21 outubro, 2, 4, e 16 dezembro (três decisões desta data) 1899; 22 janeiro e 16 maio, 19 e 22 setembro 1900; 26 outubro e 27 novembro 1901; 7 junho 1902; 30 maio, 5 setembro e 11 novembro 1903; 5 outubro 1904).^{99.d}

b) Em casos, não menos frequentes, de indevida arrecadação de impostos, taxas e multas (S. T. F. 6 março 1897; 25 e 28 maio, e 21 novembro 1898; 2 maio, 26 julho 1899; 12 maio, 7 julho, 10 e 20 outubro, 10 e 14 novembro 1900).

c) Em casos de desapropriação, directa ou indirectamente feita (S. T. F. 23 agosto 1893; 30 março, 4 setembro 1895; 23 maio, 19

funcionarios é suffragado pela lei n. 221 do 1894, como em geral se entende, e assim tem sido julgado diversas vezes, pelo Supremo Tribunal Federal.

— Si o nosso testemunho pessoal tambem podesse valer nesta materia, deviamos affirmar, que realmente no pensamento da lei n. 221 a invalidação do acto importa a obrigação consequente de prestar justa indemnisação do damno, que o acto causar ao individuo lesado. — (*hic, nota* 191).

^{99.d} Mais adiante se tratará em especial da intervenção judiciaria nos actos administrativos desta especie.—Durante o Imperio jamais foram levadas ao judiciario questões resultantes da demissão, aposentadoria, ou reforma de funcionarios, civis ou militares. Si o individuo se considerava lesado por taes actos, ou reclamava por via graciosa, ou, quando muito, recorria aos meios do Contencioso Administrativo. O judiciario não intervinha.

outubro, 19 dezembro 1896; 19 maio 1897; 10 setembro 1898; 26 agosto 1899, etc).^{99.e}

88 b. — DAMNOS PROVENIENTES DE MEDIDAS POLICIAES.

1) *Medidas de segurança propriamente ditas.* As medidas tomadas pela autoridade publica para os fins da segurança publica e privada, ou para outros misteres da policia em geral, ainda que, as vezes, violadoras das garantias da liberdade individual, taes como: a prisão dos responsaveis pelos dinheiros publicos, — a detenção dos individuos suspeitos de crime, ou para determinadas indagações policiaes, — a reclusão temporaria de individnos, suppostos loucos ou dementes, sem precederem todas as exigencias legaes, — e mais actos semelhantes, não dão, em regra, logar á nenhuma acção de reparação pecuniaria contra o Estado. Esta doutrina fora invariavelmente seguida durante o Imperio, e assim continua a prevalecer na Republica.^{99.f}

Quando de taes medidas resulta um damno directo á propriedade privada, se tem procurado distinguir as hypotheses: — Si o damno provém de acto positivo (*culpa in faciendo*) bem caracterisado, a indemnisação pode ser admittida, como um dever de justiça, á vista das circumstancias. Si, porém, se trata de damno, attribuido á *omissão* do respectivo funcionario ou autoridade em evitar o acto lesivo de terceiros (*culpa in omittendo*), se tem decidido, que a indemnisação não deve ter

^{99.e} Como já se vio á pagina 505, a indemnisação da propriedade desapropriada foi sempre expressamente garantida pelas leis do paiz, muito embora o facto se dê por *utilidade* ou *necessidade* do Estado.—As decisões acima citadas versam sobre a invalidação de leis estadoaes, que deixaram de attender *devidamente* a obrigação do indemnisar ao proprietario.

^{99.f} O remedio contra as possiveis violencias a liberdade pessoal é o pedido de *habeas-corpus*, o qual costuma ser concedido frequentemente pelos tribunaes, mesmo em lavor dos responsaveis á Fazenda Publica, não obstante o dispositivo expresso da lei em contrario (Dec. n. 657 de 5 dezembro 1849; Lei n. 221 de 1894, art. 14; Cf. Rego Barros, *Apont. sobre Contencioso Administrativo*, cap. 47 sg.; Resol. C. B. 10 julho 1880, etc).

logar. (S. T. F. 21 julho 1897, 20 junho, e 26 dezembro 1900; — Acc. do T. de Just. de S. Paulo de 29 junho 1899 e 7 abril 1900).^{99.g}

^{99.g} No Acc. do Sup. Trib. Fed. de 21 de julho de 1897 a especie fora esta: a negação de licença por parte da policia para o desembarque de polvora, destinada ao commercio da Capital Federal, durante o estado de sitio, em que então se achava o Districto Federal.

No Acc. de 20 junho de 1900 o S. T. F. rejeitou o pedido de indemnisação pelo damno causado em consequencia da circular do Governo Federal de 10 de abril 1897 que prohibira despacho nas Alfandegas de armas e petrechos de guerra, declarando: “que desse acto não resultara offensa ou lesão de um direito, hypothese unica, em que poderia servir de fundamento á uma acção judicial, nos termos e para os fins do art. 13 da lei n. 221 de 20 novembro de 1894, observado, entretanto, o disposto no § 9º letras *a* e *b* desse mesmo artigo; que a Const. Fed. garante, é certo, a liberdade de industria, esta liberdade, porém, não é illimitada, alem de depender, como os demais direitos assegurados pela Const. Federal, de leis especiaes que lhe regulam o exercicio...; que na especie dos autos tratava-se de uma medida geral tornada pelo Governo no interesse da ordem publica, em virtude de um poder discricionario conferido por lei (*Nova Consol. das leis das alfandegas*, art. 445, § 7º).”

Nos Accs. citados do Trib. de Justiça de S. Paulo tratava-se do assalto e destruição das oficinas e escriptorio de um jornal, factos attribuidos á negligencia ou culpa da autoridade policial, á qual o administrador do jornal *avisara* duas vezes, pedindo garantias contra o assalto projectado. Os alludidos accordams nos seus considerandos procuraram firmar os seguintes principios: “1º Que os funcçionarios e empregados publicos são os responsaveis pelos danos causados pela inobservancia dos deveres a que são obrigados; 2º Que o dever do Estado de nomear funcçionarios idoneos fica satisfeito desde que a nomeação é feita nas condições preestabelecidas pela lei; 3º Que, desta sorte, o Estado não responde pelos actos futuros dos funcçionarios, exorbitantes dos poderes conferidos, da mesma forma, que o committente não responde pelos actos dos propostos excedentes de taes poderes; 4º Que o Estado é responsavel *in faciendo*, quando agindo dentro da esphera do direito, lesa direitos por actos dos seus agentes directos; 5º Que, porém, quando age por intermedio de funcçionarios creados por lei, com funcções estabelecidas nesta, não lhe cabe responsabilidade *in omittendo*; 6º Que as obrigações nascidas do delicto conservam o character personalissimo deste e, consequentemente, a sua intransmissibilidade (*Ribas, Dir. Civ.*); 7º Que, finalmente, nenhuma prova havia de culpa por parte do Estado com relação ao facto, de que se pedia indemnisação.”—O Tribunal tambem observara, que “o Estado tem dupla personalidade, ora agindo como poder politico ou administrativo, ora como simples particular e, neste caso, sujeito ás regras de direito commum aos particulares”; mas isto dizendo, não tratou, todavia, de delimitar as esferas de acção dessas *duas pessoas*, concurrentes no Estado. (*Revista de Jurisprudencia*, vol. IX, p. 367 sg.—Rio de Janeiro, 1900).

Interposto o Recurso Extraordinario para o S. T. F., este não tomou conhecimento do feito, por não ser caso deste recurso; não deixara, porém, de observar que a sentença recorrida, “embora se não fundasse expressamente em texto de lei patria que positivamente roja o caso, e *que de facto não existe*, decidio e julgou, invocando nos seus numerosos considerandos os principios de direito, as opiniões dos doutores, consoantes á boa razão, ás leis dos povos cultos e a jurisprudencia de tribunaes federaes, nacionaes e estrangeiros, nos termos da lei de 18 do Agosto de 1769” (S. T. F. 26 de dezembro de 1900).

— Aproveitando do ensejo, pergunta-se: qual a regra a respeito dos danos feitos, por occasião de *motins*, *arruaças*, *greves*, e outros casos anormaes de perturbação da ordem publica? E’ preciso distinguir: si taes danos são causados pelos funcçionarios, como uma *necessidade* ao restabelecimento ou manutenção da ordem, elles deverão sem duvida entrar na regra da responsabilidade geral do Estado segundo

— Não fazemos duvida em acceitar, como verdadeiro, o principio de “que, só *excepcionalmente*, deve o Estado prestar indemnisação pelo damno in *omittendo*, proveniente das medidas policiaes”; mas entendemos, que esse direito, embora de excepção, precisa ser realmente attendido e reconhecido nos casos, em que se verificar que, da negligencia, proposital ou culposa, do funcionario é, que resultara com certeza a lesão do direito individual. A razão de justiça, que exige a satisfação do alheio damno, subsiste a mesma; e por isto, não ousariamos affirmar si, na hypothese dos julgados do Tribunal de Justiça de S. Paulo, a que se alludio, foi rigorosamente guardado o “*suum cuique tribuere*”, no qual, podiamos dizêr, se resume o proprio fim ou objecto do poder judiciario...

— Entre as medidas de segurança policial, a detenção ou prisão individual, facto de frequencia quotidiana, e reputado indispensavel á propria conservação da vida collectiva, não dá logar a nenhum direito de indemnisação ao individuo, porventura passivel de semelhante medida;— tal é a regra da materia, geralmente seguida pela jurisprudencia, como ficou dito.

Entretanto não nos parece, que dita regra *possa sempre* prevalecer, de maneira absoluta, incondicional. Comprehende-se que uma detenção simples, breve, sem *offensa á honra pessoal* ou ao *credito* do individuo, sem uma lesão concurrentemente feita ao seu patrimonio particular, e executada por motivos reaes de ordem e de justiça, não deva dar logar á nenhuma acção de reparação por parte do paciente; são encargos ou soffrimentos, ás vezes inevitaveis, necessarios, para que a

os principios, que deixámos estabelecidos;—si os danos, porém, são causados pelos perturbadores da ordem, o Estado nada terá que vêr com a reparação juridica dos mesmos, a menos que os seus funcionarios ou autoridades tambem não se achem em culpa manifesta de omissão a esse respeito (hic, p. 328).

communhão possa, em compensação, gosar dos beneficios e garantias da vida social e da ordem juridica.

Mas uma detenção injusta, prolongada, a qual, dando-se esta ultima circumstancia, não pode deixar de affectar ao credito do individuo, e mesmo de prejudicar directamente a sua situação economica, deverá com toda razão crear para o Estado a obrigação de indemnizar o mal feito, muito embora com direito regressivo contra a autoridade, que a tenha ordenado. Não se desconhece, que póde haver difficuldade no conciliar, em varios casos, a necessidade da detenção (direito do Estado) com a liberdade individual e o direito á reparação (direito do individuo); mas, seja como fôr, não seria justo recusar a indemnisação nas circumstancias suppostas. Tratasse, não, da *suppressão temporaria* da liberdade do individuo somente; ha tambem a considerar a lesão do patrimonio privado que a detenção acarreta juntamente, fazendo cessar a actividade economica do detento, e consequentemente, occasionando-lhe a *diminuição* ou a *ruina* dos proprios bens e haveres. A obrigação de indemnizar, em tal caso, só devia cessar, si o detento tivesse praticado acto culposo ou immoral, embora não punivel, do qual resultasse uma razão de suspeita contra si; porque, nesta hypothese, o seu soffrimento, sem direito á indemnisação, seria a consequencia da sua má conducta (*sibi imputet*), ainda assim, não bastaria que a autoridade desse, como motivo da detenção, a suspeita contra o individuo; se devia provar que, efectivamente, elle se achava em culpa; porquanto ninguém póde ser castigado, senão, depois de feita a prova da sua culpa ou do delicto, que lhe é imputado...^{99.h}

^{99.h} No periodico "Die Woche" de 20 julho 1901 (Berlin) o prof. I. Kohler publicou um artigo assaz conceituoso sob o ponto de vista juridico, afirmando o *direito de indemnisação dos injustamente presos*. Em artigos insertos no Jornal do Commercio, de 20 e 30 de maio de 1904 procuramos, por nossa vez, tornar conhecidas as idéas do professor berlinense na materia.—Hic, p. 415, *nota*. 86.f.

Mais adiante ainda se dirá sobre este ponto e, em particular, sobre a indemnisação do damno proveniente da detenção pessoal durante o estado de sitio.

2) *Medidas de policia sanitaria.* Das medidas de policia sanitaria, embora autorisadas em lei, podem sabidamente provir danos aos interesses ou direitos individuaes. A autoridade sanitaria se acha revestida de poder, — não só para fazer a apprehensão e destruição de generos deteriorados ou considerados nocivos á saúde publica, o sequestro e a venda de animaes ou objectos, cuja existencia nas habitações fôr prohibida, a cassação de licença, o fechamento ou interdicção de predios, e a imposição de obras e construcções, — como ainda, para ordenar a propria demolição de predios e a venda do seu terreno e pertences para o pagamento das respectivas despesas (Dec. legislativo n. 1151 de 5 janeiro 1904, art. 1º, § 3º, letra f, I e II; Dec. n. 5156 de 8 março 1904, arts. 17 e 123,175, etc.). Além disso, com o simples processo e execução das desinfecções domiciliaries, igualmente autorisadas na lei, se póde occasionar, ás vezes, grave damno ás pessoas, ou aos objectos de alheia propriedade.

Pelo que diz respeito á apprehensão e destruição de generos deteriorados ou nocivos á saude publica, e bem assim á de animaes ou objectos, que a lei prohibe ter nas habitações, — embora pecuniariamente prejudiciaes aos seus donos, taes actos não dão a estes nenhum direito á indemnisação. A autoridade publica faz apenas, e muito legitimamente, cessar um abuso ou delicto (Cod.Penal, arts. 163-164) em bem do interesse commum, e nada mais: a ninguem é licio tirar proveito da propria culpa ou dolo, ou da omissão de um dever legal. Outro tanto se poderia tambem dizer, não o objectâmos, com relação ao fechamento ou interdicção dos predios, verificadamente carecedores das condições hygienicas, *exigidas pela lei* para a sua habitabilidade.

Mas cumpre não esquecer que, na execução das medidas indicadas, assim como na de varias outras, se dá, ou se pode dar, o abuso ou a culpa do funcçionario incumbido do respectivo serviço; e nesta

hypothese, não obstante a *necessidade legal imprescindível* dos actos da policia sanitaria; ao lesado não se poderá deixar de reconhecer incontestavel direito á uma indemnisação pelos danos sofridos. Por exemplo: os generos apprehendidos podem não estar deteriorados, nem ser nocivos á saude; — os animaes ou objectos sequestrados podem não ser os prohibidos na lei; os predios, cuja cassação de licença, fechamento ou interdicção se ordenara, podem, não obstante, se achar em boas condições de hygiene e habitabilidade, etc...Em todos estes casos e nontros analogos, uma vez provado o abuso ou a ignorancia do funcçionario, a obrigação de reparar o damno é de justiça, visto como o direito individual é lesado pelo representante do poder publico.

Mesmo nos actos ordinarios da desinfecção por motivo de peste, — desde que ella damnifica aos objectos, de modo a tornal-os imprestaveis ao seu possuidor, é de justiça que uma indemnisação relativa seja prestada ao seu proprietario.^{99.i}

— Ainda que a lei sanitaria federal não contenha disposição expressa, garantindo o direito de indemnisação em cada um dos casos particulares, acima suppostos, ou noutros semelhantes; comtudo, esse direito se acha previsto na mesma pela maneira seguinte: “ Fica salvo á pessoa lesada o direito de reclamar judicialmente perante a justiça federal as perdas e danos que lhe couberem, si o acto ou medida da autoridade sanitaria tiver sido illegal, e promover a punição penal, si houver sido criminoso”; accrescentando-se , ao mesmo tempo, que “em caso de desapropriação, esta se fará segundo a Constituição federal e as leis respectivas” (Dec. cit. n. 5156, art. 288, segunda parte.)

^{99.i} E’ o que se acha consignado na lei ingleza, alias, uma das legislações mais vigorosas sobre a materia de saude publica (*The Public Health Act* de 11 agosto 1875, art. 121 e *The Public Health Acts amendment Act* de 1870, art. 6°), e bem assim na recente lei franceza de 15 de fevereiro de 1902, art. 26, etc.

Ha apenas um defeito na disposição citada, que sobreleva assignalar, como já fizemos a respeito do dispositivo analogo da lei 939 (hic, p. 506): é, que ella só admitte o direito á reparação das perdas e danos, em se tratando de acto ou medida illegal. Assim não deve ser: o acto ou medida da autoridade sanitaria pode ser muito legal, isto é, conforme aos dispositivos da lei e, não obstante, ser a causa de uma lesão manifesta ao alheio direito; e na ultima hypothese, a indemnisação não terá fundamento menor, do que na primeira. Já tivemos occasião de demonstrar em outra parte, e não ha mister repetir, que o fundamento do direito á indemnisação póde muito bem assentar em razão differente de culpa do agente ou de illegalidade do acto praticado.^{99.j}

^{99.j} "DEMOLIÇÃO DE PRÉDIOS".—No regulamento actual dos *serviços sanitarios a cargo da União* ha uma disposição, que cumpre mencionar aqui na sua integra para, depois, dizermos sobre ella quanto convém; é a do art. 123 que resa: "Toda casa que apresentar graves e insanaveis defeitos de hygiene, considerada, portanto, inhabitavel, será desoccupada, fechada definitivamente por ordem do inspector sanitario, á juizo do delegado de saude, sendo marcado prazo para o inicio da demolição, findo o qual, a directoria geral de saude publica fará por si esta demolição, cobrando do proprietario as despesas; e no caso de recusa de pagamento por parte deste, fará que o terreno, materiaes, etc. sejam vendidos em hasta publica, indemnizando-se das despesas feitas e depositando o restante da importancia no Thesouro Federal á disposição do proprietario (Dec. n. 5156 de 8 março de 1904).

Semelhante disposição não póde ser a lei do paiz, mesmo em nome do magno interesse da saude publica. Antes de tudo, ella é antagonica com a Constituição, a qual não permite que o poder publico disponha da propriedade particular, senão, fazendo a sua desapropriação por necessidade ou utilidade publica mediante indemnisação previa. (Const. Fed., art. 72, § 17).

— Convimos de boa mente que o poder publico possa impor multas repetidas, simples ou progressivas, contra o proprietario que descure de conservar o seu predio nas condições legaes de hygiene; que, não satisfeitas taes condições debaixo das penas indicadas, possa a autoridade publica intervir directamente, mandando fazer as obras ou melhoramentos necessarios, cabendo, por isto, á fazenda publica um onus real no predio em questão, como garantia das despesas feitas; que, finalmente, seja, em casos especiaes, ordenado o fechamento temporario do predio, ou mesmo a sua interdicção definitiva...Tudo isto seria admissivel em vista do grande dever, que incumbe ao poder publico de guardar a saude publica; e, com effeito, medidas analogas se encontram nos regulamentos sanitarios de outros povos de reconhecida cultura juridica. Mas passar além, e ir até ao ponto de mandar demolir a propriedade particular, e dispor dos seus pertences, a pretexto de medida de policia sanitaria, é providencia, que embora consignada na lei, constituo uma violencia cruel contra o direito de propriedade!

— A legislação sanitaria, ora vigente no paiz, deixa ver, que ella tem a sua origem directa na legislação da Inglaterra e da França sobre a mesma materia. Entretanto, em nenhum dos codices destas nações se encontra disposição alguma, como a de que se trata. Ao contrario, na legislação de ambos esses paizes se acham disposições expressas

88 c. — DAMNOS PROVENIENTES DOS ACTOS DE GUERRA.—

No que respeita aos danos causados á propriedade privada por actos e factos diversos, concernentes ou resultantes da guerra, são de citar as seguintes decisões:

1) Condemnando a União á indemnizar o valor de gados, apprehendidos pelas forças legaes para a provisão destas (S. T. F. 29 abril, e 7 novembro 1896; 8 dezembro 1897; 20 julho 1898; 20 junho 1900).^{99.k}

mandando indemnizar os proprios objectos moveis, quando em certos casos convenha destruil-os, como medida sanitaria (*Lei ingleza cit. de 1875, art. 121; Lei franceza cit. de 1902, art. 26*); e quanto á propriedade immovel a disposição reguladora é a seguinte: "Quando a insalubridade é o resultado de cansas exteriores e permanentes, on quando as causas de insalubridade não possam ser destruidas senão, por obras totaes (*travaux d'ensemble*), a communa póde adquirir a totalidade dos predios, mediante as formalidades prescriptas pela lei de desapropriação por utilidade publica" (*Lei franceza cit., art. 18*).

— Mas lançar mão da propriedade particular, sem ser por meio de desapropriação e consequente indemnisação,—é invenção da recente lei brasileira, a despeito do texto expresso da Constituição em contrario!

E porque demolir o predio? Era regra se suppõe, que um predio é sempre susceptivel de obras ou melhoramentos, maiores on menores, que lhe restituam a salubridade conveniente: por isto,—ou taes melhoramentos são feitos, o neste caso, o predio continuara a ser habitavel,—on não são , feitos, ou são impossiveis, e o mesmo poderá ser declarado inhabitavel, interdicto: e quer numa, quer n'outra hypothese, a autoridade sanitaria terá cumprido o seu dever sem detrimento para a saude publica. E' até onde vae, realmente, o rigor da lei sanitaria da Inglaterra (Lei de 11 agosto 1875, arts. 97 e 109), a qual manda fechar a casa pelo tempo que fôr necessario, caso o seu proprietario deixe de obedecer á intimação de reparal-a segundo as prescrições hygienicas.

— Só em um caso unico, nos parece, o predio de propriedade particular poderia ser demolido pela autoridade publica: quando ameaçasse ruina. Porque, tal sendo o seu estado, o simples fechamento ou interdicção não evitaria o mal publico. Dada, porem, a separação da jurisdicção da policia sanitaria, da policia de segurança, segundo a lei brasileira vigente, é manifesto, que o acto pertenceria então á autoridade municipal, e não á sanitária, como se vê do decreto do Prefeito do Districto Federal, n. 391 de 10 de fevereiro de 1903 (arts. 52-53), regulando os casos da especie.

Ainda aqui, é de razão, que se verifique no caso a existencia do perigo imminente, considerado igual ao caso de força maior; porque, si assim não fôr, ao proprietario deverá caber o direito á indemnisação. E não vai nisto uma simples opinião individual; não de certo: a nossa legislação vigente sobre a materia de desapropriação contém disposição expressa, que manda respeitar os direitos dos proprietarios, mesmo nos casos de perigo imminente (Dec. n. 4956 de 9 setembro 1903, art. 40).

— Seja, porém, como for, si o dispositivo do art. 123 do regulamento sanitario, na parte *relativa á demolição dos predios e actos consequentes*, tiver real applicação na pratica, isso importará um damno violento, feito ao direito individual de propriedade, e,

2) Condemnando-a do mesmo modo a indemnizar o valor e mais prejuízos e lucros pela apprehensão ou destruição de navios pelas forças legaes (S. T. F. 20 abril 1897, e 31 dezembro 1898).^{99.l}

3) Condemnando - a igualmente á prestar indemnisação pela apprehensão de armas permittidas no commercio, e pelos prejuizos consequentes (S. T. F. 28 agosto 1897).

— Nos considerandos das decisões citadas, alem de mais razões e argumentos, disse o Tribunal:

“Si a lesão assume o character criminal, a responsabilidade é exclusivamente pessoal (Cod. Pen., art. 25); si é civil, a responsabilidade pertence tanto ao funcionario, como ao poder que o prepôz ao serviço em questão, ficando ao lesado a escolha do responsavel. Si for accionado o poder preponente, a este compete acção regressiva contra o seu preposto. Dest’arte ficam salvos, não só a responsabilidade dos funcionarios publicos pelos abusos e omissões, em que incorrerem no exercicio dos seus cargos (Const. Fed., art. 82), como tambem os direitos dos individuos em geral e, mais particularmente, dos que, como na especie, forem prejudicados, por actos de agentes do Governo, na sua propriedade sacrificada em beneficio da União (Lei n. 221 de 1894, art. 13). Pouco importando codigos e opiniões estranhas, esta é a lei brasileira, e, de conformidade com ella, tem sempre julgado este Tribunal, bastando citar os

portanto, uma obrigação irrecusavel para o Estado de prestar a devida indemnisação segundo o teor dos casos occorrentes. O citado dispositivo se nos afigura um arbitrio tanto mais escusado, quanto a propria lei, na previsão da necessidade de desapropriar a propriedade particular por motivo de hygiene, declarara expressamente, que, nesta hypothese, a desapropriação devia ser feita segundo a Constituição e as leis respectivas (Dec. legislativo n. 1151, art. 1º, § 20 *in-fine*).

^{99.k} S.T.F. negou a procedência das acções (á falta de provas) tendo por objecto pedidos analogos pelos Accordams:—de 29 fevereiro e 19 outubro 1896; 6 setembro, 11 e 19 outubro 1898; 18 e 30 dezembro 1899; 13 julho, e 8 setembro 1900, etc, etc.

^{99.l} Por Acc. de 14 janeiro 1899 se julgou improcedente o pedido de indemnisação de navios, dos quaes os revoltosos se haviam apoderado, e mais tarde entregues ao Governo legal, que os conservou em seu poder até restituil-os á Companhia, proprietaria dos mesmos. Do mesmo modo foi julgado no Acc. de 4 dezembro 1899 o pedido de indemnisação de um navio particular, o qual, estando carregado de artigos bellicos do Governo mediante frete, foi aprisionado pelos revoltosos, antes de seguir para o porto do seu destino.—Sobre especie analoga é tambem de vêr: S. T. F. 27 dezembro 1902.

Accordams ns. 134, 197, 243, 257 e 317, alem de outros".^{99.m}

Reiterando a mesma doutrina, o S.T. F. concluirá em outra decisão:

"Sendo o Estado responsavel civilmente pelos actos dos seus agentes no exercicio de suas funcções, quando causam danos a terceiros, principio fundado no que prescreve a lei de 9 de setembro 1826, art. 8, e na de 12 julho 1845, assim como na Const. art. 72 § 17, o que está de accordo com a jurisprudencia deste Tribunal, expressa nas sentenças n. 197 de 7 novembro 1896, n. 134 de 29 abril do mesmo anno, n. 243 de 20 abril 1897, ns. 259 e 317, alem de outros..."^{99.n}

— Entretanto, restringindo por demais, on negando mesmo a responsabilidade civil do Estado pelos danos resultantes de actos on factos ocorridos durante a guerra, se tem igualmente decidido, que o Estado deixa de responder nos seguintes casos:

1) Pelos danos causados por tiroteios entre as forças legaes e as forças revoltosas, por se tratar de actos necessarios á defeza das instituições (S. T. F. 16 setembro 1896).

2) Pela occupação temporaria de predios pelas forças militares, como medida necessaria á defeza da cidade (S. T. F. 10 abril 1897; e 24 outubro 1898).

3) Pelos danos provenientes de uma explosão de polvora, attribuida á negligencia ou culpa dos soldados, por se tratar de *caso fortuito*, e quando o não fosse, porque as *praças de pret* não se reputam, nem mandatarios, nem propostos do Estado (S. T. F. 9 junho, 23 junho, 28 agosto, e 24 novembro 1897).

^{99.m} Vide: Acc. cit., de 20 julho 1898, no qual se tratava de gados apprehendidos pelas forças legaes em periodo de guerra.

^{99.n} Vide: Acc. de 31 dezembro 1898. Tratava-se de embarcações destruidas pelas forças legaes e de outros danos causados pelas mesmas forças em operações de guerra.

4) Por danos causados pela artilharia das forças legais e das forças inimigas; não se podendo discriminar o autor dos danos na flagrancia do combate; e porque, quando praticados fossem pelas forças legais, seriam de considerar, como resultantes de força maior (S. T. F. 27 janeiro, 7 e 21 julho 1900).

— Nos considerandos destes dous ultimos *Accordams*, o Tribunal dissera positivamente: *a)* que a ocupação temporaria de predios pelas forças legais, em vista da necessidade da luta, não dava direito á indemnisação, embora os mesmos tivessem, por esse motivo, soffrido estragos pelas balas do inimigo; *b)* que uma tal ocupação e estragos são, por sua natureza, classificados entre os actos de guerra, e, portanto, não davam lugar a indemnisação...

— Tambem, tratando-se da apprehensão de gados pelas forças legais para o abastecimento das mesmas, o Tribunal parece ter modificado a sua doutrina anterior, adoptando agora razões de mais á mais restrictivas na apreciação dos direitos dos que se diziam lesados. Assim é que o mesmo, considerando que a tomada de gados alheios pelos commandantes das forças constituia um verdadeiro delicto e crime pessoal, sujeito ás leis penaes, decidira, que a União não era civilmente responsavel pelos danos provenientes, ainda quando fossem devidamente provados os actos lesivos em questão (Accs. de 19 setembro 1900).¹⁰⁰

¹⁰⁰ Em trez *Accordams* da mesma data (de 19 de setembro), além das razões indicadas no texto e doutras, que não nos parecera procedentes, se *considerou*, como fundamento da não-responsabilidade da União, o facto da tomada das rezes ter sido, as vezes, praticado pelas forças civis do Estado do Rio Grande do Sul, e não por forças do exercito federal; muito embora aquellas e estas se achassem então empenhadas na acção conjuncta de debellar a revolução dominante no mesmo Estado. Do mesmo modo se procurou dar uma nova intelligencia á lei de 9 de setembro de 1826, a qual certamente não se contém nos dispositivos desta, e, em todo caso, dando-se verdadeiro desaccordo com a doutrina anterior do Tribunal, já manifestada em especies identicas...

— Com relação á materia especial da *expropriação e liquidação* dos danos por motivo de guerra, o S. T. F. adoptara em ura dos seus julgados os seguintes fundamentos: " Considerando que, quando o Estado *expropria* a propriedade em bem da

88 d. — DAMNOS PROVENIENTES DE RELAÇÕES CONTRACTUAES. A obrigação do Estado de responder civilmente por perdas e danos, provenientes da infracção de seus contractos, jamais fora objecto de duvida na jurisprudencia do paiz.

Durante o Imperio a lei declarara apenas, que as questões relativas aos contractos celebrados com a Fazenda Publica eram reservadas ao conhecimento e decisão do Contencioso Administrativo, como já se disse;¹⁰¹ subsistindo, porém, quanto aos demais contractos celebrados com o governo para diversos fins e misteres, a doutrina predominante de sujeitar os actos de infracção, e de não - cumprimento dos mesmos, ou de lesão de direitos das partes contractantes, ao conhecimento da autoridade judiciaria, quaesquer que fossem as

utilidade ou da salvação publica, exerce um direito incontestavel, inherente á soberania, e pois só é obrigado a pagar ao dono o justo preço da coisa expropriada com os juros da mora, si a houver (Cod. Com. arts. 205 e 249), os quaes jamais se confundem com os *fructos percipiendos*, por que responde o devedor incurso em dolo ou culpa lata;— Considerando que a letra do art. 4º da lei de 9 de setembro de 1826, emquanto manda indemnizar ao proprietario o valor intrinseco da coisa expropriada, attentos o seu local e interesses que della se auferem, esta regulamentada pelo dec. n. 353 de 12 julho 1845 no art. 20 e pelos art. 12 *alíneas*, 2ª e 4ª e art. 13, *alíneas* 2ª e 3ª do dec. n. 1664 entendido que foi este pelo art. 21 da lei n. 3396 de 24 de outubro de 1888, e pelo art. 1º do decr. n. 802 de 24 de julho de 1890, e agora generalizado pelo citado art. 50 da lei n. 221, segundo cujas prescripções attenderão os arbitros á localidade, ao tempo, e ao valor, em que ficar o resto da propriedade, por causa da obra nova, ao damno que provier da expropriação e quaesquer outras circumstancias que influam no preço, o qual, com pequena modificação da regra estabelecida no alv. de 30 outubro de 1773 e no § 11 da lei de 20 junho 1774, nunca excederá de 22 ou 24 decimos ou pensões annuaes de arrendamento, limite peremptório, que exclue arbitramento á compensações de qualquer damno intrinseco;—Considerando que o valor da indemnisação de rezes ou de animais expropriados para uso ou consumo das tropas legaes não é outro, senão, o preço da aquisição por parte do expropriado, ou a sua commum e geral estimação, etc, etc.”—S. T. F. 29 outubro 1898.

— E’ de ajuntar finalmente, que a recente legislação sobre a desapropriação por necessidade publica manteve, quanto aos actos de guerra, os dispositivos das leis anteriores—Dec. n. 4956 de 9 setembro de 1908, art. 40.

¹⁰¹ O que não significava a negação da responsabilidade do Estado. O Contencioso Administrativo condemnava-o á prestar a devida indemnisação do mesmo modo, que faria o Judiciario, dadas as condições de justiça.

Convém acrescentar, que, mesmo sob a sancção da legislação vigente no Imperio, si a parte não se conformava com a decisão do Contencioso Administrativo, não raro, recorria ao proprio Judiciario, pedindo o reconhecimento do seu direito.

faculdades, que o Governo se houvesse reservado nas clausulas do respectivo instrumento.

Para comproval-o, bastará lembrar um exemplo. — E' de regra, o Governo fazer inserir nas clausulas de seus contractos o direito de declarar, por acto proprio, a *caducidade* ou *rescisão* dos mesmos, uma vez commettidas taes e taes faltas pela outra parte contractante. Pois bem; dada, não obstante, a existencia de semelhante clausula de maneira expressa, — em numerosos casos o uso do direito nella previsto foi recusado ao Governo, não só pelo Judiciario, mas igualmente pelo proprio Conselho de Estado. Tratando-se de contractos com o Ministério da Agricultura (ora da Industria), que são sempre os mais importantes, o Conselho de Estado procurou firmar, como doutrina juridica, a seguinte:

“Não se conhece lei alguma, que autorise o Ministerio da Agricultura para estabelecer validamente a decisão proferida; pelo contrario, isso não cabe nas suas attribuições. Os contractos, embora celebrados com esse ramo do Governo, emquanto não houver lei especial em contrario, não tem outro caracter, senão de convenções voluntarias, regidas pelas leis civis e subordinadas ao juizo ordinario commum. Emquanto não se organizar o Contencioso Administrativo, e uma lei não dê ao Governo competencia para, por via de consultas do Conselho de Estado,¹⁰² decidir as questões de interpretação ou outras, que derivem dos contractos que os particulares celebrem com elle, a unica autoridade para isso competente é, e continuará a ser, a judiciaria. Antes disso, será, nessa relação, apenas uma das partes contractantes, que não póde impor á outra a sua opinião, e sim pende, como ella, de um outro julgador. O dec. n. 2343 de 29 janeiro 1859 é especial á Repartição da Fazenda e não pode ser destendido a outros Ministerios, sem que intervenha lei nesse sentido. O contrario seria não só despojar o poder judiciario de suas legitimas attribuições, mas exercer sobre os particulares um constrangimento illegal ou uma violação das garantias da propriedade. *Convém crear uma competencia especial a favor do Governo, mas isso é questão de jure constituendo, e o que por ora regula é a competencia ordinaria.* Em taes

¹⁰² E' do advertir, que o Conselho de Estado emittia apenas pareceres sobre Consultas, os quaes, si acceitos pelo Governo Imperial, tinham então o caracter de resoluções ou decisões: Lei de 23 novembro 1841; Resolução do C. E. de 14 novembro 1850.

casos, a decisão do Governo pode ser considerada ilegítima e violenta”.¹⁰³

— Ainda mais: mesmo com relação aos contractos celebrados com a Administração da Fazenda, o Conselho de Estado não duvidara impor certas restricções, como se deu a proposito do arrendamento de uma *fazenda do dominio publico privado*, dizendo no respectivo parecer:

“ 1º que o art. 1º, § 2º do Dec. de 29 janeiro 1859 não é extensivo aos contractos de locação de bens do dominio do Estado, embora celebrados sejam por forma administrativa, não se tratando na especie senão de um interesse pecuniario, que não se entende com o poder governamental ou administrativo; 2º que pertencia, portanto, á autoridade judiciaria decidir as questões que versassem sobre o cumprimento, a interpretação, validade, rescisão e efeitos de taes contractos, não sendo licito estipular-se a competencia administrativa; porquanto dar-se - ia uma inversão na ordem das jurisdicções, que é de direito publico; 3º que, mesmo nas materias em que a competencia é da Administração, as questões entre contractadores e terceiros pertenciam á autoridade judicial, porque são de ordem meramente privada e não de interesse publico.”¹⁰⁴

No parecer em questão, o qual foi confirmado pela Resolução Imperial, o Conselho de Estado reafirmara, mais uma vez, o principio, já consignado em Consulta anterior (de 22 dezembro 1866): “Que quando o Estado funciona, como pessoa civil, contractando com um particular a

¹⁰³ Consulta de 23 dezembro 1867, e Resol. de 7 março 1868.— No entanto cumpre lembrar, que o Dec. do Poder Executivo, n. 2926 de 14 maio 1862, ao estabelecer as regras para os contractos do Ministerio da Agricultura e Obras Publicas, havia estatuído no seu art. 38: “Que todas as duvidas e contestações sobre a intelligencia, tanto das clausulas geraes como das especiaes dos contractos, seriam resolvidas pelo dito Ministerio na Côrte, e nas provincias pelos respectivos presidentes, quando as circunstancias requeressem brevidade na decisão.” As clausulas adoptadas no Dec. cit. de 1862 foram tambem mandadas applicar aos contractos analogos feitos com o Ministerio da Fazenda. (Circular da Fazenda, n. 253 de 30 agosto 1864 e da Dir. Ger. do Contencioso, n. 306 de 16 julho 1866).

¹⁰⁴ Consulta do Cons. d’Estado de 26 fevereiro, e Resol. de 13 abril, e Av. de 14 maio de 1867.

respeito de um direito individual, sujeita-se , como qualquer cidadão, á lei privada e ao poder judiciario.”¹⁰⁵

E, em regra geral, se pode dizer, que o Conselho de Estado manteve sempre esta doutrina nas diversas questões que envolviam lesão manifesta dos direitos privados, proveniente de contractos com o Governo; muito embora se possa encontrar, ás vezes, certa incoherencia em alguns dos seus pareceres.¹⁰⁶

— De accordo com os principios adoptados pelo Conselho de Estado a autoridade judiciaria, quando devidamente provocada, jamais recusára a sua intervenção na materia; e segundo as suas decisões, o Estado foi muitas vezes obrigado, quer ao cumprimento das condições ajustadas no contracto, porventura infringidas pelos seus órgãos ou representantes, quer a prestar a indemnisação devida pelos prejuizos ou

¹⁰⁵ Vide: Consulta do 1º junho, Resol. de 22 dezembro 1866, e Av. de 27 janeiro 1867.— Como se vê, das razões do Conselho de Estado transparece o pensamento de tirar argumento da doutrina, que distingue no Estado a pessoa politica ou soberana, da pessoa civil ou juridica...

¹⁰⁶ Disto temos exemplo no seguinte facto:—Tendo o presidente da provincia de S. Paulo indeferido uma reclamação da *Companhia Sorocabana*, fundada em clausulas do seu contracto com o governo provincial, e bem assim, tendo deixado de obedecer ao despacho da autoridade judiciaria, que, a requerimento da Companhia, intimara o Procurador da Fazenda para nomear arbitros para decidirem dita reclamação; o mesmo presidente levantara o conflicto de jurisdicção, Tomando conhecimento, o Conselho de Estado declarara no seu parecer: “1º) que existia o Contencioso Administrativo Provincial; 2º) que, portanto, o presidente decidira *muito correctamente*, nao admittindo a intervenção judicial no caso.”—Resol. C. E. de 21 fevereiro 1874; Av. Just. 28 fevereiro 1874.

— Agora, sem querer pôr em duvida a elevação de vistas, com que a douda corporação sempre encarava os assumptos sujeitos ao seu exame, importa, todavia, não esquecer que na mesma tinham assento os chefes politicos dos partidos militantes; e por isto, em mais de um caso, na decisão não podia deixar de influir a idéa de não *desprestigiar* o presidente desta ou daquela provincia, de cujo acto se tratava. A respeito do parecer e consulta referidos, seria de apreciar o *voto discordante* do Conselheiro Nabuco, o qual affirmou estar com a boa doutrina. (Coroatà, *Imp. Resol. sobre Consultas da Secção de Justiça*, p. 1846-47.—Rio, 1884). Outro parecer, tambem divergente da doutrina, geralmente seguida pelo Conselho de Estado, é o constante da Resol. de 26 novembro 1881, citada na mesma obra á p. 2112 sg.

damnos causados á outra parte contractante, que se mostrava juridicamente lesada.¹⁰⁷

88 e. — Na Republica, estabelecida a competencia do poder judiciario para conhecer, em geral, dos actos dos outros poderes, toda vez que se allega a lesão de direitos individuaes por parte do Estado, não seria preciso dizer, que este se acha sujeito a responder judicialmente pelos danos *ex contractu* segundo os principios do direito civil, ou outras disposições especiaes, que, porventura, sejam applicaveis ao caso sujeito.¹⁰⁸

¹⁰⁷ — Como exemplo da doutrina seguida pelo Judiciario em relação á fé dos contractos feitos com o Governo, damos aqui breve noticia da decisão constante da *Revista Civil* n. 8002 de 23 de Junho de 1876, cuja especie fora a seguinte:—H. J. Pinto propuzera acção contra a Fazenda Nacional pedindo indemnisação de trabalhos feitos em cumprimento de contracto celebrado com o Director interino da Repartição da Estatistica; contracto, que o Ministro do Imperio desapprovara (depois de começada a sua execução) por falta de competencia daquelle funcionario para fazel-o. A Fazenda Publica fora condemnada em 1ª e 2ª instancia (Accs. da Relação do Districto do Rio de Janeiro de 23 julho e 10 dezembro 1875); e manifestada a revista, foi esta negada unanimemente, por não haver injustiça notoria ou nullidade manifesta, e dando-se como regras assentadas: “1ª Os contractos feitos com as repartições publicas, embora não estejam as mesmas suficientemente autorisadas, são validos em relação áquelles que o fizeram de boa fé, induzidos pela authenticidade que taes repartições devem inspirar; 2ª Como consequencia deste principio, a Fazenda fica obrigada *sempre* á satisfação do que justamente lhe for exigido, pois, *só assim*, pode ser respeitada a fé dos contractos. *Multa prohibitur in jure fieri, quae tamen facta, tenent*”.

— Outro exemplo “CADUCIDADE DE PRIVILEGIO”: A obtivera do governo de uma provincia a concessão e privilegio para a construcção de uma estrada de ferro na mesma provinda. Não tendo o concessionario realizado, durante certo tempo, o objecto do sen privilegio, o governo geral,—fundando-se em razões de interesse publico e em motivos, que considerou procedentes, declarou a concessão caduca e extincta, e declarando, ao mesmo tempo, *geral*, a estrada de ferro em questão, ordenou a sua contracção por conta do Estado. Em vista disso, o concessionario propoz a sua acção por perdas e danos; e a *Revista* n. 10.417 de 24 fevereiro de 1886, reformando dons Accordams do antigo Tribnnal da Relação da Côte, condemnou a Fazenda Nacional a prestar a indemnisação pedida; visto o concessionario ter sido privado do seu direito,—o que não podia ser, senão, mediante desapropriação nos termos do § 22 do art. 179 da Constituição e leis regulamentares.

Segundo a doutrina do Supremo Tribunal de Justiça do Imperio e a do Tribunal Revisor (Relação de Porto Alegre, 1 julho 1886), manifestada á proposito,—a concessão do privilegio não importa somente um vinculo contractual; é uma propriedade do concessionario, susceptivel de desapropriação nos casos da lei.

¹⁰⁸ Confere: S. T. F. 9 setembro 1893; 3 agosto 1895; 5 dezembro 1896; 20 março, 15 maio e 27 julho 1896; 25 julho 1898, etc. etc.

Em virtude dessa competencia geral, ora reconhecida ao judiciario, cessou igualmente a limitação, que outr'ora se pretendia fazer em favor da jurisdicção do Contencioso Administrativo sobre as questões, concernentes á interpretação, validade a execução de privilegios e concessões feitas pelo Governo, ou á applicação das penas (multas, rescisão, caducidade) constantes das respectivas clausulas;¹⁰⁹ e bem assim, sobre as questões, oriundas de contractos de obras publicas e de fornecimentos para os diversos serviços do Estado, ou d'outros semelhantes, inclusive os contractos com a Fazenda Publica, declarados então de *privativo* conhecimento e decisão da mesma.

— Quanto aos principios da jurisprudencia actual, reguladores de tão importante assumpto, estes são do teor seguinte:

1) A responsabilidade do funcionario publico pelos actos, que pratica em nome do Estado ou em razão de suas attribuições legaes, jamais póde excluir a do mesmo Estado com relação a terceiros; sendo assim, em verdade, responsavel a Fazenda Nacional pelos contractos, em que figura, como parte devidamente representada... Por direito, todo o damno deve ser satisfeito por aquelle que o causa, ou seja proveniente *ex delicto* ou *ex contractu*, desde que dahi resulta prejuizo ou perda para outrem (S. T. F. 9 de setembro de 1893).

2) Não assiste ao Governo o direito de declarar, por acto seu, a rescisão ou caducidade do contracto, em que é parte; porque seria arrogar-se a attribuição estranha de ser parte e juiz ao mesmo tempo, isto é, juiz do proprio acto; consequentemente, si o fizer, o Estado será responsavel pelos danos resultantes á outra parte contractante (S. T. F. de 5 dezembro 1896; 15 maio e 21 julho 1897; 11 e 25 junho, 15 outubro, 19 dezembro 1898; 16 setembro 1899; 30 novembro 1901; etc., etc.)

¹⁰⁹ Vide: S. T. F. 11 junho, 15 outubro, 19 dezembro 1898; 16 setembro e 18 dezembro 1899; etc. etc.

Convém notar, que, pela decisão de 9 setembro acima citada, o S. T. F. affirmára o principio geral da responsabilidade do Estado, não só quanto ao damno *ex contractu*, mas também *ex delicto*.

— Contra o direito, *ordinariamente* exercido pelos governos, de *resilir* ou *declarar caduco* o contracto, dada a inobservancia de certas clausulas por parte do contractante ou concessionario, os tribunaes tem, ás vezes, decidido com tanto rigor, que, tratando-se mesmo de contractos inquinados de vicio substancial, nullos de pleno direito (S. T. F. 16 setembro 1899), ou de contractos, em que se acha estipulada a *condição resolutive expressa* (S. T. F. 19 dezembro 1898; 30 novembro 1901), tudo isso não obstante, o Estado tem sido condemnado a pagar perdas e danos, — sob o fundamento supradito de que, no acto declaratorio da rescisão ou caducidade, o Estado (o seu representante) faz de juiz e de parte ao mesmo tempo.¹¹⁰ Deste ponto em particular ainda se dirá mais adiante.

— Alem do que respeita aos actos declaratorios de rescisão ou caducidade de contractos, a responsabilidade da administração publica (União, Estado, Municipio) de prestar indemnisação nos differentes casos particulares de infracção ou não-cumprimento de clausulas ou condições contractuaes, seja por interpretação erronea das mesmas, seja por culpa ou simples negligencia daquelles, que representam a pessoa juridica do direito publico nas circumstancias, tem sido affirmada e reconhecida pela jurisprudencia, além de muitas outras, nas seguintes especies:

1) Por não ter o governo tornado efectiva a clausula de uma concessão, reconhecendo a isenção de direitos de importação para

¹¹⁰ E', todavia, de saber que, a despeito das decisões acima citadas do S. T. F. *recusando peremptoriamente ao Governo o direito de rescindir* os proprios contractos, nem por isto, seria difficil mencionar também decisões do mesmo Tribunal,—igualmente confirmativas de despachos de *rescisão* e *caducidade* proferidos pelo Governo... Neste sentido, alem de outros, se podem vêr os seguintes Accordams: de 19 outubro, e 16 dezembro 1895; de 15 dezembro 1897; de 28 outubro 1898; de 17 maio 1899 ; etc, etc.

mercadorias pertencentes á empresa concessionaria (S. T. F. de 20 março 1897).¹¹¹

2) Pelos danos causados em predio alugado pelo governo, muito embora praticados por sublocatarios ou terceiros, até a entrega do predio ao proprietario (S. T. F. de 17 novembro 1897).

3) Pelo não pagamento das quantias ajustadas nas épocas devidas, segundo o andamento das obras (contracto de obras), sendo applicavel a disposição terminante e expressa do art. 249 do Codigo Commercial (S. T. F. 13 dezembro 1899).¹¹²

88 f. — DAMNOS PROVENIENTES DE CASOS DIVERSOS.
Debaixo desta epigraphie indicaremos ainda algumas decisões judiciais, reconhecendo a responsabilidade civil da Administração Publica por actos lesivos dos seus representantes, taes como:

1) Pela utilização de aguas e terrenos do dominio privado na execução de obras e mais serviços necessarios ao aproveitamento e canalisação das aguas para o abastecimento publico; sendo applicavel ao caso o disposto na Ord. liv. IV, tit. 58 princ. e Const. Fed. art. 72, § 17 (S. T. F. de 23 agosto 1893).

¹¹¹ Por sentença do Juizo Federal da secção do Districto Federal, de 5 novembro 1902, foi a Fazenda Nacional condemnada a pagar a importancia devida e os juros de 6%, por não ter observado a isenção de direitos, *concedida* era favor da *Companhia de Saneamento do Rio de Janeiro*.—Esta sentença pende ainda de decisão do Supr. Tribunal Federal, em virtude do recurso de appellação de n. 890.

¹¹² Por dous Accs. do S. T. F. de 18 junho 1904 de ns. 925 e 939 foi a Fazenda Federal condemnada a pagar a quantia pedida (de *somma avultada*), juros da mora e custas, por não ter o governo querido cumprir um accordo feito com diversos concessionarios de burgos agricolas sobre a respectiva indemnisação destes, á pretexto de que o pagamento da indemnisação ajustada ficara dependente de *condição*,—quando, realmente, semelhante condição não existia, e ao contrario, se tratava de obrigação contractual, pura e simples. A supposta condição ou pretexto se reduzia ao seguinte—que o governo não se considerava obrigado a cumprir o ajustado, sem que o Congresso votasse o credito necessario...o qual, aliás, não fora solicitado pelo mesmo governo...

2) Pelo prejuízo e damnificação causados á propriedade particular na execução de obras e serviços publicos diversos (S. T. F. 19 maio 1897, e de 10 setembro 1898).

3) Pela prohibição de funcionamento feita á uma empresa de divertimentos publicos (*Frontão*) em dias uteis; sendo declarada inconstitucional a lei municipal, que assim o havia ordenado (S. T. F. 12 dezembro 1898).¹¹³

4) Pelo prejuízo resultante do fechamento de armazens alfandegados, fechamento inevitavel á vista da recusa arbitraria do inspector da alfandega em nomear para administrador dos mesmos a pessoa proposta pelo respectivo concessionario. Sobre o caso disse o Tribunal:

“E’ indisputavel a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos particulares pelos funcionarios publicos, órgãos de sua acção, ficando-lhe salvo o direito regressivo contra estes para haver o que houver pago pelos seus abusos e omissões” (S. T. F. 27 julho 1898).¹¹⁴

¹¹³ A Municipalidade é, que fora condemnada a prestar a indemnisação.

— Em uma decisão da Côrte de App. do Districto Federal se disse: “O funcionario publico tem o caracter de um commissario da pessoa juridica por quem funciona; a seu turno a pessoa juridica é a representante do seu funcionario. A Municipalidade, em consequencia, assume a responsabilidade civil pela culpa de seus funcionarios no exercicio de funcções proprias nos termos do direito commum. O art. 36 da lei n. 85 de 1892, assim como o art. 82 da Constituição da Republica, estatuinto a responsabilidade civil e criminal dos funcionarios, não excluire de modo algum a responsabilidade civil da propria administração (União, Estados, Municipio, etc).” Vide: Accs. da Côrte de App. do Districto Federal de 29 abril 1899, e 17 janeiro 1901.—Especie: O governo municipal mandara fechar, por seus agentes, diversos commodos do mercado á *Praça da Harmonia*, sem razão procedente e sem intimação dos coproprietarios. A indemnisação pedida referia-se aos alugueis de ditos commodos durante o tempo, em que os mesmos estiveram fechados (*Rev. de Jurisprudencia*, vol. XII de 1901, p. 355 sg.).

¹¹⁴ Aceitamos o principio do Acc. acima citado, como de inteira razão e justiça. Entretanto na App. n. 795, se tratando de prejuizos materiaes e moraes de toda a sorte, causados ao appellante com o vexame de actos administrativos e o processo de contrabando, a que o mesmo teve de responder, por erro ou abuso de funcionarios aduaneiros, e, não obstante a prova offerecida dos grandes prejuizos soffridos, se decidio, que não havia logar a indemnisação dos mesmos prejuizos; limitando-se o Tribunal a mandar restituir a importancia dos objectos apprehendidos e o valor da fiança, multas e custas, indevidamente arrecadadas.—S. T. F. 5 setembro 1903.

5) Pelo prejuízo resultante da venda de bilhetes de estrada de ferro do Estado para pontos, onde o destinatário não podia chegar em vista da suspensão do tráfego nessa zona, circunstância, aliás, não ignorada pelo empregado, que vendera os bilhetes; se tendo declarado que, da culpa do empregado decorreria a obrigação, não só de restituir o custo dos bilhetes, como a de indemnizar as demais despesas da viagem, feita inutilmente (S. T. F. 18 dezembro 1899).¹¹⁵

6) Pelos prejuízos provenientes do acto do governo proibindo a venda e circulação de bilhetes de loterias á uma sociedade anonyma, que explorava esse ramo de negocio, mediante contracto com o Governo Federal (S.T.F. 6 março 1897).¹¹⁶

7) Pela importancia das mercadorias, apprehendidas á pretexto de contrabando, com os juros da mora; — mas, não juntamente, pela satisfação de outros danos resultantes (S. T. F. 2 dezembro 1901). Prevalece a mesma doutrina no caso de as mercadorias se haverem extraviado nas alfandegas. (S. T. F. 11 novembro 1903).¹¹⁷

¹¹⁵ No caso de mercadorias, não chegadas ao seu destino, por se terem precipitado num rio os vagões que as conduziam,—se decidiu que não tinha lugar a indemnização por se tratar de caso fortuito, previsto nas instrucções regulamentares da materia, e não se haver provado dolo ou culpa nos propostos da Fazenda Nacional.—S. T. F. 4 junho 1898.

Entretanto, por Accs. de 3 março e 10 dezembro de 1897 do Superior Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco se decidiu,—“que a Administração de uma estrada de ferro responde *civilmente* pelos danos a propriedade particular, causados por seus empregados no exercicio das suas funções conforme ao art. 142 do Reg. n. 1930 de 1857.” (*Rev. de Jurisprudencia*, vol. VIII de 1900, p. 166 sg.).

¹¹⁶ No caso supra, o condenado á indemnizar foi o Estado, cujo acto se tratava, e não a Fazenda Federal.

¹¹⁷ E' de vêr também sobre materia identica o Acc. de 5 setembro de 1903, onde a questão da responsabilidade civil de Estado foi longa e doutamente discutida, tanto na sentença de primeira instancia, em parte confirmada pelo S. T. F., como nas razões do appellante; sendo a decisão do S. T. F. nos mesmos termos das duas, que foram mencionadas no texto.

Anteriormente, no Acc. n.681,proferido em 2 dezembro 1901,o S. T. F. já havia declarado: 1) que não se dá a responsabilidade da Fazenda Publica pelas violencias e arbitrariedades do funcionario; 2) que o principio da responsabilidade exclusiva e pessoal do funcionario pelos abusos e excessos que pratica no exercicio do cargo, sobre ser o geralmente seguido e até consagrado em diversos codigos civis, como sejam o portuguez, o argentino e o allemão, é o unico que se póde inferir do art. 82 da

— Ao occupar-nos da materia da “intervenção judiciaria” no paragrapho seguinte, ainda teremos occasião de mencionar varias outras decisões, reconhecendo a responsabilidade civil do Estado pelos actos lesivos dos seus representantes ou funcionarios.

§ 3º INTERVENÇÃO JUDICIARIA

89. — PRINCIPIOS GERAES. Verdadeiro, como é, o principio adoptado pela jurisprudencia do paiz, declarando o Estado, responsavel pelos actos de seus órgãos ou representantes, quando desapropriam ou damnificam a propriedade privada, ou lesam de qualquer outro modo aos direitos individuaes¹¹⁸; cumpre, todavia, verificar com inteira prudencia e

Constituição federal e do art. 86 da lei n. 85 de 20 setembro 1892; 3) que, quando assim não fosse, a responsabilidade na hypothese sujeita só poderia decorrer de um quasi-delicto da sua parte, e apenas obrigaria á prestação dos damnos emergentes, dada a provide que a apprehensão das mercadorias se tivesse feito com ma fé (argumento do art. 337 do reg. n. 737 de 1850)...E em vista de taes fundamentos, o Tribunal condemnou a Fazenda Publica, tão somente, a restituir a importancia da venda das mercadorias, apurada em leilão, com os juros da mora; negando, porém, á parte qualquer direito a titulo de indemnisação de damnos.

— *Especie:* O varejamento de casas commerciaes e a apprehensão do mercadorias por suspeita de contrabando, e bem assim o processo criminal dos proprietarios de taes mercadorias, tudo conforme as ordens expedidas pelo Ministro da Fazenda; verificando-se, afinal, a falta de justa causa para a apprehensão das mercadorias, assim como a absolvição dos seus proprietarios no juizo competente.

¹¹⁸ Infelizmente ainda se nota, ás vezes, certa vacillação nos *considerandos* de algumas decisões, e dahi a incoherencia dos seus fundamentos, o que tanto enfraquece o valor doutrinario das mesmas decisões...

— Em alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal se tem alludido, como *argumento* da irresponsabilidade do Estado, o ter a Constituição Federal no seu art. 82 estatuído a responsabilidade directa ou pessoal do funcionario publico pelos abusos e omissões commettidas no exercicio de seus cargos.

Não se comprehende bem, porque se procura tirar essa *conclusão obrigada* de um texto, no qual nenhuma palavra se refere, siquer, á responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado...Não póde ser o caso de dizer “*inclusio unius, exclusio alterius*”,—visto não dar-se opposição fatal de cousas ou de conceitos. O que se vê firmado na Constituição, é o principio da responsabilidade, criminal e civil, do funcionario pelos seus actos e omissões, illegaes ou culposos, e segundo o qual o mesmo responde, tanto ao Estado, como aos terceiros, que forem lesados por taes actos ou omissões. E nem ha nisto uma novidade; porque o dispositivo do art. 82 da Constituição Federal é copia do art. 179 § 29 da Const. Imp. de 1824, e delle se encontram analogos nas constituições e leis dos varios Estados civilizados.

Nunca, porém, se cogitou outr’ora, ou alhures, que semelhante providencia importava, por si só, argumento ou razão excludente da responsabilidade do Estado pelas lesões do direito individual, feitas pelos seus funcionarios.

critério os termos e condições, em que a *intervenção judicial* póde ou deve ser *legitimamente* provocada a semelhante respeito.

Com a jurisdição institucional independente, de que o poder judiciario se acha investido na Republica, como um dos seus órgãos soberanos (Const. Fed., art. 15), é elle, sem duvida, competente, não só para conhecer dos actos administrativos em geral, mas tambem da propria validade das leis do Congresso Nacional, e dos decretos, regulamentos, e mais actos diversos do Poder Executivo; podendo, consequentemente, decidir nos diferentes casos, já sobre a nullidade dos actos arguidos ou impugnados, e já sobre a indemnisação, que o Estado fica obrigado a prestar aos lesados pelos actos em questão. Tal é a lei

Não é preciso repetir, que a responsabilidade do Estado é puramente civil, isto é, a obrigação de indemnisar a lesão do alheio direito mediante uma reparação pecuniaria; e responsabilidade desta natureza tambem póde caber, segundo á nossa lei positiva, ás pessoas, aliás, reputadas incapazes de todo delicto ou crime (Cod. Pen., arts. 27, 81, 82; Hic, p. 502).

Consequentemente, fundamento não ha, não póde haver, para ser invocado o art. 82 da Constituição Federal, como razão de decidir, pela isenção do Estado, nas especies sujeitas; não se vendo, insistimos, porque principio ou regra a responsabilidade civil do Estado não possa *coexistir* com a do funcionario, já de maneira *principal ou solidaria*, já simplesmente de maneira subsidiaria era dados casos particulares.

Si a razão supposta prevalecesse, ella deveria excluir, por completo, a responsabilidade do Estado, visto o art. 82 invocado não conter nenhum *restrictivo* quanto á sua applicação aos differentes casos...Mas ha quem entenda, que isto possa ser *juridicamente* admissivel ?

Não. Repugnaria, antes de tudo, com a regra seguida tradicionalmente pela jurisprudencia patria, e com um sem-numero de decisões, mesmo recentes, nas quaes os tribunaes do paiz tem reconhecido a responsabilidade civil do Estado, ás vezes, sem alludir sequer á responsabilidade pessoal do funcionario...

Parece-nos, que estas breves considerações bastam para deixar manifesto, que o art. 82 da Const. Fed. não é, por forma alguma, uma razão excludente da responsabilidade civil do Estado nos casos, em que, segundo a justiça, ella deva ter logar.

— Commentando, precisamente, o texto em questão, o ministro do Supremo Tribunal Federal, João Barbalho, depois de rever a jurisprudencia seguida pelo referido Tribunal, concluirá citando o Acc. da app. civ. n. 375 de 27 julho 1898, no qual se affirmou a responsabilidade do Estado nestes termos: "Considerando que indisputavel é a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos particulares pelos funcionarios publicos, orgams da sua acção, ficando-lhe salvo o direito regressivo contra estes, para haver o que houver pago pelos seus abusos e omissões (Const., art. 82)..."— J. Barbalho, *Const. Fed, Brasileira Commentarios*, p. 364-55. —Rio, 1902.

actual, e conforme á mesma, tambem se acha firmada a pratica da nossa jurisprudencia.¹¹⁹

Mas á amplitude da sua applicação importa traçar juntamente limites *certos, e tão assignalados* quanto possivel, afim de que a intervenção judiciaria, sempre vigilante no seu elevado intuito de protecção aos direitos individuaes, não descure por outro lado, não obste, mesmo, a realização de actos e factos que, porventura, envolvam os interesses e direitos maiores da collectividade, e dos quaes dependa a propria existencia do bem publico: — *Est modus in rebus...*

Antes de tudo, ha uma razão constitucional, superior, que se impõe ao poder judiciario, muito embora tratando-se de actos legitimos da sua jurisdicção: é o respeito que lhe incumbe guardar igualmente á independencia dos dois outros poderes, legislativo e executivo;— sem o que, não seria possivel a coexistencia e harmonia que o legislador constitucional estatuiu, como condição de inteira efficacia das medidas e actos, emanados de cada um delles.¹²⁰

¹¹⁹ Vide: Lei n. 221 de 1894, art. 18; Dec n. 3084 de 5 novembro 1898, Part. I, arts. 58-62.

¹²⁰ No Imperio, ainda que tambem se desse a *intervenção* da autoridade judiciaria nos actos da administração (quasi somente em lesões de direitos contractuaes), e a independencia do referido poder estivesse consagrada na Constituição de 25 março 1824 (arfc. 151 e 179 § 12); jamais o mesmo se considerou competente para julgar da validade das leis e dos decretos ou regulamentos do Poder Executivo. Pelo contrario, os juizes e tribunaes dessa epocha se julgavam strictamente obrigados a decidir os pleitos, não só de accordo com as leis vigentes, quaesquer que fossem, como até, a prestar obediencia aos regulamentos, instrncções e avisos do Executivo,—dado mesmo, que taes actos interferissem na esphera da acção judiciaria, como, por exemplo, nos casos, em que definiam a propria competencia dos juizes e tribunaes! Não é preciso notar a possibilidade dos abusos dahi resultantes; podendo o Governo, por esse meio, subtrahir ao conhecimento do Judiciario taes e taes actos da Administração, muito embora offensivos dos direitos privados...

— Com relação á materia de danos provenientes da guerra, ha um facto dos tempos do Imperio, que, a proposito, cumpre lembrar. Para fazer parar a *torrente de condemnações* (diz um autor competente) contra a Fazenda Publica, a Assembleia Geral adoptou a seguinte disposição: Não será inscripta, nem paga divida alguma, que respeite á perda de particulares por motivo de guerra interna e externa, sem autorisação da Assembléa Geral (Lei de 24 outubro 1882, art. 81). “Esta disposição, observa o Visconde do Uruguay, era uma attentado contra o Poder Judiciário, cuja independencia violava

Depois, não se deve também jamais olvidar, que os direitos e interesses, *proprios* do Estado, na *sua analyse final*, nada mais são, do que os *proprios* direitos e interesses da colectividade publica; e que, sem a acção continua e desembaraçada de todos os seus órgãos ou representantes, taes direitos e interesses deixariam de ter o devido valor e efficacia na sua applicação.

89 a. — Não existe, é certo, a jurisdição de um Contencioso Administrativo; mas, nem por isto, deixam de subsistir as mesmas razões de independencia e a necessidade de acção autonoma do poder administrativo, *vis-à-vis* do poder judiciario. Mesmo na ausencia de um Contencioso Administrativo organizado, ha, e nem podia deixar de haver, uma esphera propria da acção politica e administrativa, exclusivamente regulada segundo a hierarchia das respectivas autoridades ou funcionarios, na qual o Judiciario, ou não deve jamais penetrar em respeito ao principio da separação dos poderes publicos, ou si lhe parecer indispensavel fazel-o, cumpre, que a sua intervenção não passe dos limites, rigorosamente necessarios á protecção do direito individual offendido.—Sobre este ponto, estamos convencidos, de que nada melhor poderíamos dizer, do que repetir as palavras de um dos nossos mais illustres professores de direito:

“Tanto a administração como o poder judicial tem por missão a execução das leis; a primeira, porém, só se occupa com as leis de interesse geral, e o segundo com as de interesse privado; a primeira é incumbida de curar das necessidades geraes ou collectivas, e o segundo de defender os direitos individuaes dos associados. Desta diversidade de missões provém a diferença de sua natureza e funcções...Assim constituidos a administração e o poder

abertamente, arrogando-se o Legislativo a faculdade de rever e inutilisar decisões soberanas e independentes.”—V. do Uruguay, *Ensaio sobre Direito Administrativo*, p. 148-44.

Ora, isto, que se fez por meio de uma lei, certamente votada por solicitação do Governo, seria muito mais facil fazel-o, em casos analogos, por meio de disposições regulamentares, ou, às vezes mesmo, por meio de simples avisos...

judicial, e girando dentro das suas orbitas proprias, ficam ao mesmo tempo satisfeitas estas duas supremas necessidades da vida social, a defeza dos interesses collectivos e a dos direitos individuaes. Invertam-se , porém, os papeis, ou invada qualquer delles a orbita alheia, e apparecerá a anarchia; todos esses direitos e interesses soffrerão profundamente.”¹²¹

A verdade destes principios subsiste identica, inalteravel, seja na monarchia, seja na republica. Ella não contraria, por forma alguma, o maior desenvolvimento das funcções e a energia precisa, que cada um dos poderes publicos póde realizar e exercer dentro das attribuições proprias; o que ella, apenas, exige por ser indispensavel, é, que a acção dos mesmos poderes seja dirigida e regulada com prudencia, de modo que jamais se rompa e enfraqueça o equilibrio harmonico, que devem sempre guardar, como órgãos, que são, das funcções coordenadas do Estado.

89 b. — Não se póde dizer uma novidade de direito publico o systema da intervenção judiciaria, ora vigente no Brazil, quando legitimamente provocada a conhecer dos actos da Administração Publica. Não fallando da Republica Norte-Americana, donde directamente tomámos o modelo, de que nos servimos, ahi está a propria Inglaterra, onde, diz R. Dareste, não ha um só acto do poder administrativo, cuja legalidade não

¹²¹ Ribas, *Dir. Admin. Brasileiro*, p. 78 sg.—Rio, 1866.—Cf. Visconde do Uruguay, *Ensaio sobre o Dir. Admin.* p. 32 sg.—Rio, 1862.

Sobre a mesma materia conviria lêr igualmente as palavras de uma decisão da Côrte de Cassação de Roma (de 11 janeiro 1893), onde muito judiciosamente fora ponderado: “La contraria teoria in luogo della reciproca indipendenza e libertà dei due poteri trarrebbe ad una inevitabile confusione nello svolgimento di loro mansioni e, sottoponendo i decreti della pubblica potestà amministrativa alla censura del potere giudiziario, ove ne intralcerebbe, ove ne impedirebbe con pubblico nocumento la azione e il pieno funzionamento. Il compito, dunque, dell'autorità giudiziaria è limitato all'esame esteriore dell'atto, alla legalità del medesimo, com respeito alle forme con le quali è stato reso, come in riguardo alia competenza della autorità da cui promana. Questo esame soltanto ha carattere giudiziale e forma oggetto appunto della questione di competenza, che allora può dirsi ricorre alia giurisdizione ordinaria quando all'atto amministrativo non possa opporsi il defotto di potestà, quando, cioè, sia stato emesso dal potere amministrativo nei limiti delle sue attribuzioni e nelle condizioni e nelle forme prescritte dalla legge”—Apud Solari, ob. cit. p. 44.

possa ser apreciada pelas cortes de justiça. Todo cidadão, que se considera lesado no seu direito, póde recorrer ao juiz ordinario, venha donde vier a lesão,— salvo o direito que compete ao juiz de examinar, si a acção está, ou não, em termos de ser recebida.¹²²

Na Belgica e na Hollanda todas as questões relativas aos direitos *civis* e *politicos* (salvo quanto aos ultimos as excepções estabelecidas pela lei) são tambem da competencia judiciaria.¹²³

E não seria preciso accrescentar, que, em nenhum dos paizes indicados, a acção do poder judiciario jamais fora arguida de constituir obstaculo a qualquer acto legitimo da Administração. Tudo depende da sabedoria, com que cada um dos poderes exerça as attribuições constitucionaes, que lhe são privativas, não ultrapassando a linha de competencia, que devem guardar entre si.

89 c. — Diz A. Giron:

“Encarregada de tornar efectivas as prescripções que as leis decretam, a Administração tem o poder discricionario de escolher, entre as medidas de detalhe e de applicação, aquellas que julgar mais adequadas para conseguir semelhante resultado. Quaesquer que sejam o merito intrinseco, a oportunidade, a conveniencia, e a sabedoria de suas decisões, os cidadãos devem a ellas submeter-se ; porque na esphera de suas attribuições, a Administração é soberana, infallivel, irresponsavel. Debaixo desta relação, é ella autonoma, independente, e escapa á censura dos tribunaes. Mas a sua autonomia é limitada ao livre exercicio de suas attribuições legaes. Si tomar resoluções ou proferir decisões que,—para fallar como a Constituição,—não forem necessarias á execução das leis, ella age fora da sua soberania e da sua independencia; longe de ser um bem, torna-se um flagello para os administrados, cujos direitos viola. E eis porque a intervenção judiciaria é legitima em casos taes, sobretudo, para dizer acerca da legalidade dos actos, quando lesivos do alheio direito”.¹²⁴

¹²² Dareste, *La Justice Administrative en France*, p. 200 sg.—Paris, 1898.

¹²³ Vide: Const. Belga, arts. 92 e 93.

¹²⁴ A. Giron, *Droit. Admin. de la Belgique*, t.I, p. 228.—Paris, 1885.

Mas, dada esta intervenção, observa ainda o citado autor, os tribunais não podem avocar os negócios administrativos, nem dar ordens aos administradores. Se limitam a recusar o seu concurso e protecção, quando se lhes pede a aplicação de um acto ilegal nos processos de sua competência. Reduzida a estes termos, a intervenção dos tribunais não poderá criar obstáculos á legítima acção da Administração.¹²⁵

— Expressando-se sobre o mesmo assumpto, adverte o professor Thonissen:

“Não se deve dar, todavia, aos artigos 92 e 93 da Constituição uma interpretação tão ostensiva, que tenha por effeito sujeitar o poder executivo, e transportar a Administração do paiz para os tribunais. Ao lado da independencia do poder judiciario, o legislador constituinte collocou e consagrou a independencia do poder executivo. Os tribunais não tem o direito de annular os actos que a Constituição e as leis confiaram á apreciação soberana de um outro poder. O art. 107 lhes permite somente não tomar em conta resoluções e regulamentos illegaes, cuja applicação lhes seja requerida. Admittir uma interpretação differente, estender a competencia dos tribunais alem destes limites, constituir - os juizes soberanos (*appréciateurs souverains*) de todos os actos do poder executivo, seria proclamar a onnipotencia da magistratura e a subserviencia (*l’as-se rvissement*) da Administração nacional; seria desconhecer os direitos e aniquilar a independencia de um dos tres poderes constitucionaes”.¹²⁶

— G. Beltjens, condensando a boa doutrina dos autores e da jurisprudencia, advertira por sua vez:

¹²⁵ Ibidem, p. 229.

¹²⁶ J. J. Thonissen, *La Constitution Belge*, n. 383.—Bruxellas, 1879. Cf. De Fooz, *Le Droit Admin. Belge*, t. I, p. 272 sg.

— O artigo 107 da Constituição Belga, complementar dos artigos 92 e 93 da mesma, reza: “*Les court et trtbunaux n’appliqueront les arretes et reglements généraux, provinciaux, et locaux, qu’autant qu’ils seront conformes aux lois*”.

“O direito de exame, que o art. 107 confere aos tribunales, não é illimitado, e deve ser combinado com as disposições constitucionaes, que garantem a independencia do poder executivo. Em todos os casos, em que o poder executivo não haja transposto o circulo de suas attribuições constitucionaes, não é licito ao poder judiciario recusar-se á applicação de seus actos, sob o pretexto de que elles são inoportunos ou inuteis...Aos tribunales não cabe a qualidade de apreciar o *a - proposito* e o *merito* governamental dos actos do poder executivo. O art. 107 presuppõe, que os corpos administrativos ou os funcionarios, cujos actos se argúem, tenham sahido da esphera de suas attribuições legaes, ou que os seus actos não estejam revestidos das formas que a lei requer para tornal - os obrigatorios. Recusando, porventura, a applicação de uma resolução ou regulamento illegal, os tribunales não tem, todavia, o direito de modifical - os ou abrogal - os; assim como não possuem igualmente o direito de impedir a execução de um acto administrativo por via directa e principal...”¹²⁷

— Tambem na propria Jurisprudencia Americana, sem embargo da competencia do Judiciario para conhecer da validade dos actos dos outros poderes,— se considera ponto assentado: que os tribunales nada tem que ver com as questões de natureza meramente politica, tendo-se por definitivo, o que a esse respeito for resolvido pelos departamentos politicos do Governo. Os differentes poderes politicos (*the several departments of the governement*), diz Cooley, são iguaes era dignidade, e com poderes coordenados; por isto, nenhum delles póde sujeitar o outro á sua jurisdicção, ou prival-o de qualquer porção dos seus poderes constitucionaes. O Judiciario é a autoridade final na interpretação da Constituição e a das leis, e a sua interpretação deve ser recebida e guardada pelos outros departamentos do Governo...Mas os tribunales não tem autoridade para decidir questões abstractas, ou não sujeitas ao seu conhecimento em litigio actual, assim como, não tem que ver com as

¹²⁷ G. Beltjens, *La Constitution Belge Revisée*, (ao art. 107).—Liège, 1894.

questões, exclusivamente, pertencentes á autoridade legislativa e executiva...¹²⁸

89 d. — Pelo que respeita, em particular, ao nosso paiz, não haveria talvez ousadia em dizer, que até agora não se acham bem definidos e assentados os principios ou as regras relativas ás restricções, que o poder judiciario se deve impor a si mesmo, quando haja de tomar conhecimento ou julgar dos actos dos dous outros poderes, arguidos de invalidade nos respectivos pleitos. E, certamente, devido á esta circumstancia, na curta historia da Republica já se nos offerece mais de um exemplo, de que a intervenção judiciaria, como as vezes se tem entendido, póde ser susceptivel de crear embaraços serios, não só aos actos da administração publica, *propriamente* dita, mas igualmente ás medidas essenciaes de governo, discricionarias, ou de verdadeira

¹²⁸ Cooley, *The General Principles of Constitutional Law*, p. 146 sg. — Boston, 1891; Hic, p. 485-86 e *nota* ibi.

— Sobre a mesma materia, diz A. Carlier: Para a solução destes graves problemas, se tem estabelecido distincções entre os poderes conferidos pela Constituição: uns são de ordem politica, ou melhor, tem um caracter discricionario ; outros, a dizer, o maior numero, affectam á vida civil e devem ser encarados, abstracção feita da autoridade que os exerce...O exercicio dos poderes politicos ou discricionarios pode dar logar a abusos, não ha duvida; mas a opinião publica e a curta duração da delegação de taes poderes refreiam, senão, obstam, completamente as más tendencias. O verdadeiro remedio para essas eventualidades reside nas eleições periodicas, que submettem cada um dos membros do Congresso e o Presidente da Republica a prestar contas dos seus actos ao proprio povo,—passiveis da pena de não-reeleição, si tiverem desmerecido da opinião publica. Quanto ao Presidente, pode elle ser sujeito igualmente ao *impeachment*, segaudo as circumstancias do caso...Com relação, porém, aos poderes de natureza differente, e que se referem particularmente aos actos da vida civil, o seu uso fica, sem duvida, sujeito ao exame das cortes de justiça,—não de maneira absoluta e em todas as circumstancias, mas occasionalmente nos litigios, que forem submettidos ás respectivas jurisdicções. Somente então, as cortes declararão, si tal lei invocada ou tal acto do poder é, ou não, valido em vista da Constituição...Esta prerogativa seria cheia de perigos, si fosse exercida diariamente ou de uma maneira theorica. Não succede, porém, assim, como já se disse. O poder legislativo não tem que receiar-se do poder judiciario, o qual é antes um auxiliar, do que um rival,—comtanto que os magistrados saibam conter-se a si proprios, e não pretendam substituir suas idéas as do legislador.—A presumpção de validade é em favor do acto legislativo; é preciso haver *razões peremptorias*, *textos precisos* em contrario, para que o mesmo acto seja privado da sua sancção...—A. Carlier, *La République Americaine*, t.IV, p. 123 sg.

soberania, e cujo exercicio compete privativamente ao Executivo em virtude de textos expressos da Constituição...

— O modo e os casos, em que se pode dar a intervenção do Judiciario nos actos do Legislativo e do Executivo, estão, ao menos de modo geral, previstos e marcados na Constituição e leis da Republica; mas como, de um lado, o Judiciario pode, por erro ou irreflexão, intervir e julgar occasionalmente de especies, que não devem caber na sua jurisdição, taes por exemplo, de actos *puramente politicos*, ou *discricionarios* do Governo e Administração; e como o Legislativo e o Executivo, tambem ao seu turno, podem entender que nas hypotheses ditas não são obrigados a cumprir as decisões judiciais, considerando-as offensivas da sua qualidade de poderes igualmente independentes; torna-se manifesto, quanto será difficil, na pratica, o bom desempenho desta, talvez, a mais importante e transcendente das funções do Judiciario, a dizer, a da sua *interferencia* nas materias administrativas... Basta attender, que o Judiciario não sendo superior aos dous outros poderes constitucionaes, mas apenas um *seu igual*, que deve exercer uma autoridade *coordenada*, compete-lhe , entretanto, decidir da *validade* dos actos dos primeiros, sem desconhecer ao mesmo tempo, que, dentro da esphera das attribuições proprias, cada um delles é, não só autorizado, mas até obrigado, a ordenar e resolver por si mesmo acerca do valor e efficacia juridica dos differentes misteres e factos, que constituem objecto da administração geral do Estado.

Certo, repetimos, haverá difficuldade de bem delimitar praticamente os actos legislativos e administrativos, que, por sua natureza e fins, devam escapar á jurisdição do Judiciario, em nome da igual independencia e harmonia de todos os poderes publicos; mas, qualquer que seja a difficuldade interposta, é imprescindivel que essa *delimitação* exista, e seja consagrada nas leis e na jurisprudencia, sob pena de chegar-se á *conclusão, aliás, inconstitucional*,—de que o

Judiciario é o unico poder verdadeiramente soberano no regimen politico, em que ora vivemos.¹²⁹

— Segundo vimos, na Federação Norte - Americana, onde sabidamente o poder judiciario gosa de jurisdição mais lata, do que em nenhum outro paiz, isso não obstante, a experiencia ensinou que, sem restricções prudentemente postas á intervenção judiciaria, impossivel seria manter a acção livre e independente, que os outros poderes da Republica deviam exercer em nome da Constituição. E facto realmente digno de nota: não foi a lei positiva, que cuidou de estabelecer regras e preceitos para assegurar o fim almejado; pelo contrario, foi o proprio poder judiciario, representado na sua Côrte Suprema, que se preocupou, desde muito cedo, de firmar os principios de boa doutrina, que lhe servissem de regra no legitimo exercicio das suas proprias funcções.¹³⁰ Estes principios de doutrina são vários segundo as especies diferentes, e já tem sido, muitas vezes, invocados e considerados em numerosas decisões judiciais do nosso paiz, tanto pelo Supremo Tribunal Federal, como por outros tribunaes de justiça da União e dos Estados.¹³¹

Resta, entretanto, que a jurisprudencia patria firme taes principios, como *seus proprios*, de maneira certa, inalteravel, indiscutivel; porque, só assim, veremos cessar a duvida e incerteza, que infelizmente ainda reinam na linguagem de muitos dos seus arestos...

¹²⁹ No Congresso Juridico Americano, reunido no Rio de Janeiro em 1900, a questão da *intervenção judiciaria nos actos administrativos* constituirá uma das suas theses. Discutida esta, na votação final foi aprovada por 34 votos contra 23 a conclusão do relator Godofredo Cunha nestes termos: "A intervenção indiciaria nos actos da Administração ou do Governo só é legitima quando um direito individual é lesado." — E' como se vê, o *simples principio* já consagrado na lei n. 221 de 1894. (*Congresso Juridico Americano*, vol. I, p. 232—Rio, 1902).

¹³⁰ Hic, p. 486, *nota* 94.I—Sobre quaes sejam os principios reguladores da intervenção judiciaria, nos actos legislativos e administrativos, se poderá vêr o meu livro "*Regimen Federativo*", p. 228 sg. (Rio, 1900), onde se acha condensado quanto os bons autores recommendam de melhor a esse respeito.

¹³¹ Vide: S. T. F. 16 maio 1896, 21 outubro, e 16 dezembro 1899.

90. — ESPECIES PARTICULARES. Apontados ligeiramente os principios geraes, que cumpre guardar na materia da intervenção judiciaria, quando ella fôr provocada a respeito dos actos legislativos ou administrativos, sobreleva igualmente conhecer, qual seja a pratica seguida pela nossa jurisprudencia nos casos particulares da maior importancia, que tem sido submettidos á decisão dos tribunaes. E' o que vamos verificar das breves indicações que adiante se offerecem.

90 a. — Direitos dos funcionarios publicos. Nada se póde suppor de mais peculiar ás prerogativas do poder executivo, fonte da administração geral do Estado, do que a faculdade de nomear e destituir os funcionarios dos differentes serviços; e é por isto que, segundo se vê da lei e da pratica dos varios Estados, uma grande discrição é sempre reconhecida ao dito poder no uso das suas attribuições a esse respeito.

Examinando as proprias especies, em que se tem dado a intervenção judiciaria sob a razão ou pretexto de violação de direitos do funcionario, é licito distinguir os julgamentos proferidos em duas categorias principaes.

1) De um lado se encontram decisões, nas quaes o Judiciario tomando conhecimento de actos do poder executivo (ás vezes tambem do legislativo), relativos á demissão, aposentadoria, reforma (de militares), promoção, vencimentos, etc, de funcionarios, que se dizem lesados nos seus direitos individuaes, tem accentnado os seguintes principios:

a) Que o poder judiciario não exerce funções, proprias do Executivo, como as de *nomear, demittir, ou reintegrar* empregados publicos (S. T. F. 16 maio de 1896).¹³²

¹³² No Acc. de 27 novembro 1901 do S. T. F. se disse, que o funcionario de concurso não póde ser demittido *ad nutum* (intelligencia da lei n. 191 B de 30 setembro 1893, art. 9º); por isso, o Tribunal mandou que um *conferente de alfandega* continuasse no sen emprego, do qual havia sido demittido sem causa declarada, condemnada a Fazenda

b) Que, attenta a divisão dos poderes publicos, os actos administrativos, que não ferirem direitos civis ou politicos, excluem-se da competencia do poder judiciario e, portanto, do texto do art. 13 da lei n. 221, sem embargo da letra *b* do seu § 9º, evidentemente incompativel com os arts. 15 e 60 da Constituição Federal; que, para a reparação de interesses lesados por actos administrativos, em que intervier a violação da lei, incompetencia ou excesso de poder, só ha dons recursos,—o da via hierarchica, instituida no art. 41 n. 2 do decreto n. 596 de 19 julho de 1890 e no art. 24 da lei italiana de 2 junho de 1889,—e o da responsabilidade dos autores do abuso, como se acha expresso nos arts. 52 § 2º, 54 e 82 da Constituição Federal; que a demissão de empregados, não providos vitaliciamente, ou por prazo certo, não offende a direito algum, mas apenas á simples interesses do demittido (S. T. F. 23 agosto, 20 setembro, e 9 de setembro 1899).

c) Que, sendo os empregos publicos estabelecidos para o bem da sociedade e não para o bem dos empregados, nada obsta ou pode obstar, a que sejam extinctos, desde que se tornem inuteis ou não mais possa o Estado custear - os, e portanto, a vitaliciedade de um emprego não pode ser entendida, senão, como simplesmente asseguradora do exercicio do mesmo emprego, enquanto este existir; achando-se expressamente estatuido o direito da União de crear e supprimir empregos (Const. Federal, art. 34, n. 25).¹³³

Publica a pagar-lhe os ordenados com juros da mora. Entretanto, por decisões posteriores (de 5 setembro e 13 novembro 1903) o S. T. F. declarou que o poder judiciario não tinha o direito para mandar reintegrar o funcionario, *embora vitalicio*, mas somente para assegurar-lhe a percepção dos respectivos vencimentos.

¹³³ O empregado, demissivel *ad nutum*, não tem direito as vantagens do emprego, de que foi destituido, á dizer, aos vencimentos do tempo decorrido entre a data da demissão e a da sua reintegração ou aposentação. No caso de reintegração, esta equivale á uma nova nomeação. Nem mesmo a propria vitaliciedade importa a perpetuidade do emprego, o qual pode ser suprimido, quando convenha ao interesse publico (S. T. F. 3 e 27 outubro de 1900; 25 abril 1901, 28 maio 1902, 7 outubro 1903).

d) Que é lícito, no caso de supressão de emprego vitalício, reduzir os vencimentos do funcionario á percepção do ordenado somente. Porquanto, dado mesmo: 1) que podessem ser taxadas de retroactivas as leis que cream e supprimem em pregos, quando ellas não regem relações da vida particular dos cidadãos no que respeita á sua pessoa e bens, mas apenas operam sobre os elementos geraes da sociedade, modificando - os e applicando-os ao fim social; 2) que fosse rasoavelmente admissivel a obrigação, por parte do Estado, de continuar a pagar serviços que deixou de receber por inuteis, ou de que prescindiu por falta de meios; ainda assim, seria de todo ponto destituida de fundamento a pretensão...por isso que, o Congresso Nacional tendo competencia para diminuir ou reduzir os vencimentos dos funcionarios federaes vitalicios, salvo as restricções expressas na Constituição, é fora de duvida que, mandando pagar a funcionarios vitalicios (lentes e professores), postos em disponibilidade por excederem ás necessidades do serviço, não os vencimentos integraes, que até então percebiam, mas apenas os *ordenados*,— nada mais fez, que usar de um direito que lhe era proprio, porque quem pode diminuir vencimentos, pode diminuir gratificações e até acabar com ellas (S. T. F. 21 outubro 1898).

e) Que, finalmente, a faculdade de prover os cargos publicos, isto é, de nomear e demittir os empregados, não se achando limitada pelo direito á vitaliciedade, cabe inteira ao Governo, o qual poderá usar della segundo as exigencias do serviço publico, etc, etc.¹³⁴

¹³⁴ Vide: S. T. F. de 3 e 27 outubro de 1900.—E mais: os Accordams anteriores de 18 março, 1 agosto, 2 e 26 setembro, 4 e 9 novembro 1896; de 17 março, 20 abril, 5 maio, 12 junho, 18 agosto 1897; de 12 março, 6 setembro, 11 outubro 1898; de 19 abril, 24 junho, 1 julho, 18 dezembro 1899.

— No Acc. do S. T. F. de 26 outubro 1901 se disse, que não ha nenhum preceito constitucional que vede que a garantia da vitaliciedade possa ser conferida por lei a qualquer cargo publico, federal ou estadoal. Mas em Accordam posterior fora advertido,— que o principio é, que o funcionario é demissivel; visto como a vitaliciedade, sendo um onus contra o Estado, só pode ser creada por lei expressa (S. T. F. 7 outubro 1903).

2) Entretanto, de outro lado, tratando-se notadamente de funcionarios vitalicios, como são os magistrados, os professores e os militares de patente, se offerecem decisões, nas quaes o Judiciario tem dado a mais ampla garantia a todos elles, desde que allegam uma lesão dos seus direitos por actos da Administração.

Assim é que:— a magistrados, aposentados por decreto do Presidente da Republica em cumprimento de *disposições transitorias* da Constituição Federal (S. T. F. 21 março de 1896, 7 abril de 1897, 19 março, 10 setembro e 7 novembro de 1898, etc);— a professores, que abandonaram o emprego voluntariamente para conjurarem contra o governo legal (S. T. F. 4 janeiro e 2 dezembro de 1899);— e a militares, que foram reformados ou destituídos por factos de indisciplina ou revolta; não obstante os actos do governo serem *declaradamente* praticados, como medidas *necessarias á ordem publica* (S. T. F. 19 setembro e 27 novembro de 1895; 16 maio, 3 outubro 1896, etc), o Judiciario reconheceu em favor de todos esses, não só, a procedencia da acção para a anulação do respectivo acto, mas tambem, ás vezes, o direito de reintegração no emprego e de indemnisação dos prejuizos soffridos. Affirmando o direito do funcionario demittido ou reformado quanto aos seus vencimentos, o Judiciario não duvidara mesmo fazel - o com relação ao periodo, no qual o funcionario se achava fora do serviço por fazer parte de *revolta armada* contra as instituições do paiz...¹³⁵ Até em questões concernentes á imposição de penas, *meramente disciplinares*, a funcionarios publicos (vitalicios) pelos seus superiores hierarchicos legítimos, o Judiciario não tem recusado a sua intervenção.¹³⁶

¹³⁵ Quanto á garantia da vitaliciedade dos magistrados, o S. T. F. se considerou igualmente competente para intervir, em tratando-se mesmo de magistrados estadoaes, aliás, creados pelas constituições e leis dos Estados e exclusivamente nomeados pelos governadores dos mesmos. (S. T. F. 4 dezembro, 16 dezembro 1899, etc.).

¹³⁶ Disto deu-nos exemplo o despacho do juiz federal da Secção do Districto Federal, de 27 julho de 1896, concedendo *interdicto de manutenção* a deseseis lentes da Escola Polytechnica contra a pena disciplinar de três mezes de suspensão de exercicio, imposta

90 b. — Todos reconhecem, quanto a materia da intervenção judiciaria em favor dos direitos do funcionario publico é, alem de importantissima, ás vezes em extremo delicada...Por isso, antes de passar a outros assumptos, não devemos deixar de ajuntar aos arestos da nossa jurisprudencia algumas breves considerações acerca de certos pontos, que lhe são peculiares.

Supponha-se ,por exemplo, que um empregado publico, por negligencia ou falta mais grave no cumprimento de seus deveres, é suspenso disciplinarmente de suas funcções, ou removido, aposentado, destituído do cargo, e que a autoridade judiciaria, intervindo a requerimento do mesmo e no intuito de proteger o direito individual, que se presume offendido, annulla o acto e manda reintegrar o empregado na efectividade da cargo...No caso de suspensão disciplinar, semelhante intervenção importaria nada menos, do que desprestigiar, tirar toda a força moral ao superior hierarchico, e dahi a consequente impossibilidade de haver boa ordem e regularidade no respectivo serviço.

E nas outras hypotheses, ainda que a intervenção possa ter, sem duvida, todo cabimento, ou ser mesmo um acto de indeclinavel justiça, todavia, si ella se dêr desde logo e de forma prohibitoria (tal é o meio da manutenção, a qual se tem recorrido), essa protecção ou mão - forte da justiça, assim prestada em favor dos direitos individuaes, será presumptivamente em prejuizo dos interesses do serviço publico, os quaes terão de continuar a mercê de individuo, ora considerado, inconveniente ou incapaz, no exercicio de dado emprego, pelo seu superior competente...Por certo, não será preciso accrescentar, que ao poder administrativo, e não ao judiciario, é que compete conhecer e julgar

aos mesmos por acto do Presidente da Republica de 15 do mesmo mez. Adiante (p. 592 sg.) se dirá melhor sobre este facto.

da idoneidade dos funcionarios para os diferentes cargos ou empregos da administração publica.

Entretanto, somos de parecer que nos casos indicados, tanto os direitos ou interesses do individuo, assim como os da administração, ficariam inteiramente harmonisados e defendidos, si na materia se procurasse attender aos seguintes preceitos ou regras de prudencia e criterio:

1) a autoridade judiciaria só deveria intervir, tratando-se da lesão de *direitos realmente adquiridos* do funcionario, como são os de vitaliciedade e outros analogos, reconhecidos em lei expressa;

2) a intervenção judiciaria não deveria ir alem de declarar por sentença,— uma vez annllado o acto em questão,— qual a indemnisação que a Fazenda Publica ficava obrigada á prestar, como reparação do damno causado. Queremos dizer, no caso de uma suspensão, remoção, aposentadoria ou destituição, feita com preterição da lei ou violação de direitos adquiridos, o funcionario lesado deveria ser indemnizado do prejuizo resultante, em vista das vantagens, de que se vio privado pelo acto illegal, e não mais;— em menos palavras,— o effeito da annullação do acto devia ser o strictamente necessario para o fim de assegurar ao lesado a justa reparação do damno soffrido.

Mas, ordenar por sentença judicial a reintegração de um funcionario administrativo, é, *mutato nomine*, exercer o direito de nomear empregados, aliás, serventuarios de um outro poder independente, ao qual compete a faculdade constitucional, privativa, de escolher livremente os individuos, que lhe pareçam aptos ou idoneos para os misteres do publico serviço.

3) Quanto á forma da intervenção, salvo os casos declarados em lei, ella não deveria ser prestada no intuito de obstar o effeito immediato do acto, isto é, para que o acto não podesse ser consumado.

Semelhante forma é, quasi sempre, inconveniente, qualquer que seja o pretexto ou razão allegada. Mais adiante esperamos ter occasião de ainda insistir no mesmo pensamento.

— Estamos convencidos de que a observação dos preceitos alvitados, seria, não só útil, mas necessaria, ás boas relações dos poderes e á regularidade do publico serviço.

— Além disso, na apreciação da materia que no momento nos occupa, é preciso não esquecer, que os direitos dos funcionarios publicos são estabelecidos nas leis, não em vista dos individuos revestidos do cargo, mas, antes de tudo, em vista das exigencias do bem publico. Si as circunstancias mudarem, e com ellas as necessidades do serviço, que se procura realizar, os direitos do funcionario não poderão jamais constituir obstaculo á adopção de novas medidas, mais convenientes e acertadas. Quem solicita ou acceita um cargo publico, não ignora que os seus direitos, no cargo, ao cargo, e do cargo, se acham subordinados á condição superior, “emquanto não collidirem com o bem publico ou do Estado”... Consequentemente, não só a alteração dos serviços ou da remuneração do funcionario, mas até a suppressão do proprio emprego, se podem dar, — quaesquer que sejam os respectivos direitos do seu titular. A vitaliciedade mesma, embora resalvados os direitos do individuo quanto á sua compensação pecuniaria, não pode constituir um obstaculo ao poder publico no sentido de legislar supprimindo o cargo, á que ella se achar ligada. Em mais de um caso o Supremo Tribunal Federal já tem, com effeito, procurado firmar a verdadeira doutrina a esse respeito; infelizmente, porém, em outros as suas decisões não tem guardado os mesmos limites de sabia prudencia...¹³⁷

¹³⁷ Vide: S. T. F. n. 240 de 21 outubro 1899; Hic, p. 653-54.

— Nos Accs. n. 254 e 255 de 16 dezembro 1899 o mesmo Tribunal pareceu querer destoar dos bons principios consagrados...

90 c. — Não se ignora que as pretensões levantadas pelos funcionarios assentam quasi sempre na allegação de "*direitos adquiridos*"; será, portanto, opportuno tambem encarar, ainda que brevemente, o assumpto debaixo deste aspecto.

Os *direitos adquiridos* devem ser respeitados, protegidos; esta é a regra, não ha duvida. Mas, difficuldade póde haver em saber, o que se deve entender por *direitos adquiridos* do funcionario...

As mais das vezes, semelhante questão só poderá ser respondida á vista do caso concreto e da lei particular, que lhe fôr applicavel; não havendo sabidamente uniformidade de pareceres sobre a verdadeira definição dos "*direitos adquiridos*".

Em sentido restricto, se póde dizer, que são de assim considerar — os direitos nascidos de factos consummados, ou de contractos perfeitos e acabados, os quaes a lei nova não póde abolir ou modificar, sem incorrer na pecha de retroactiva, e consequentemente, transgressora da Constituição.¹³⁸ São, entendem outros, aquelles que o titular ou o seu representante póde exercer ou tornar effectivos, *quaes subsistem*, e não alteraveis ao arbitrio de outrem;¹³⁹ ou como os define C. Black:

"direitos, tão completos e definitivamente accrescidos ou constituídos em favor de uma pessoa, que não estão sujeitos a ser desfeitos por acto de nenhuma outra pessoa particular, cumprindo ao poder publico reconhecê-los e protegê-los, como legaes em si mesmos e constituídos de accordo com as disposições da lei vigente. O seu titular não póde ser privado de taes direitos, senão em vista de legitima exigência do bem publico, guardadas, em todo o caso, as condições e o processo estabelecidos para este fim." — *Vested rights are rights which have so complete and definitely accrued to or settled in a person that they are not subject to be defeated ou cancelled by the act of any other private person, and which it is right and equitable, that*

¹³⁸ Ribas, *Dir. Civ. Bras.*, t.I. p. 288.

¹³⁹ Vide: Proj. do *Cod. Civ. Brasileiro* (pendente do Senado), art. 3º.

*the government should recognize and protect, as being lawful in themselves and settled according to the current rules of law, and of which the individual could not be deprived arbitrarily without injustice, or of which he could not justly be deprived otherwise than by the established methods of procedure and for the public welfare.*¹⁴⁰

— E' da natureza dos direitos adquiridos, não poderem ser elles modificados ou alterados, ao menos na *sua substancia*, por actos legislativos ou administrativos de caracter retrospectivo; consistindo precisamente nisto a diferença radical entre os *direitos adquiridos* e os chamados *direitos em expectativa*, os quaes, por mais bem fundados que pareçam, poderão ser a todo o tempo alterados, ou mesmo suprimidos, por acto do poder, que os creou, comtanto que este o faça antes de se ter realizado o caso ou facto, a que se achar subordinada a enlearia dos mesmos.

"They (rights) are **vested**, when the right to enjoyment, present or prospective, has become the property of some particular person ou persons as a present interest. They are expectant, when they depend upon the continued existence of a present condition of things until the happening of some future event. They are contingent, when they are only to come into existence on an event or condition which may not happen or be performed until some other event may prevent their vesting."¹⁴¹

De modo que se podem distinguir, debaixo de nosso ponto de vista, duas especies bem caracterisadas: *direitos adquiridos*, — os que existem *nunc et semper*, salvo vontade contraria do seu titular, e *direitos em expectativa*, — os que não existem ainda com a devida efficacia, isto é, com *força actual obrigatoria erga omnes*, embora tenham fundada razão para se tornarem effectivos (*sunt in potentia*).

90 d. — Tendo dito, que os *direitos adquiridos* podem resultar de contractos perfeitos ou acabados, não pretendemos com isso significar

¹⁴⁰ C. Black, Law Dictionary.

¹⁴¹ Cooley, *Principles of Const. Law*, p. 382 sg.

que as vantagens pessoais ou direitos reconhecidos aos funcionários em virtude de seus cargos, a dizer, o ordenado, a aposentadoria, a vitaliciedade, etc, devam valer, como outras tantas condições de um verdadeiro contracto entre o poder publico e os respectivos funcionarios. Tal não é a nossa opinião. A attribuição de nomear os funcionarios conferida ao superior hierarchico, assim como as vantagens e direitos, concernentes ao emprego publico, ou ao individuo investido das funcções delle, são creações da lei. Portanto, aquelle nomeando um individuo para o cargo, e este acceitando a nomeação, não celebram um contracto na accepção propria deste termo; ambos concorrem para dar execução a um preceito ou fim da lei, guardada a forma declarada nas suas disposições. E a demonstração evidente, *per se*, de que as condições inherentes ou resultantes do acto não são as de um contracto entre partes, temol - a no seguinte: é que as obrigações ou direitos relativos ao cargo não podem ser modificados pela livre vontade do nomeante e do nomeado, como, aliás, é de regra nos contractos entre as partes do mesmo.

Não se ignora, que autores distinctos tem considerado a nomeação do funcionario publico como um contracto¹⁴²; mas, neste ponto, nos parece certamente de melhor aviso o modo de ver do illustre Laferrière, quando disse:

“E’ verdade que a funcção publica suppõe, entre a autoridade que nomeia e o agente que é nomeado, um accordo de vontades, que deve igualmente dar-se no caso de demissão voluntaria; alem disto, a funcção comporta obrigações reciprocas do funcionario e do Estado. Mas estas obrigações derivam da lei e não de contracto. Nem a administração nem o funcionario podem, em geral, modifical-as por convenções particulares; a *amovibilidade* ou a *perpetuidade* do titulo, a natureza dos serviços a prestar, a importancia dos vencimentos, as condições do direito

¹⁴² Assim entendia, por exemplo, o prof. Ribas (*Dir. Civil Brasileiro*, t. I, p. 230).—Cf. Perriquet, *Contrats de l’Etat*, p. 435 sg.

á pensão, são fixados para todos os empregos do Estado por actos legislativos ou regulamentares, aos quaes nada se poderia substituir ou de rogar por contracto. Esta regra só nos parece comportar uma excepção: é quando se trata de comissões e trabalhos de natureza especial e temporaria, que não constituem, propriamente fallando, funcções publicas ou empregos... Em casos taes, sim, dá-se , em geral, um contracto analogo ao da locação de serviços. Mas si essas mesmas comissões especiaes e temporarias comportarem o exercicio de certos poderes, conferidos pelo governo, se deverá assemelhal-as á verdadeiras collações de funcções ou empregos publicos".¹⁴³

— Doutrina identica é a que vigora na Republica Norte-Americana com relação aos funccionarios federaes e estadoaes.¹⁴⁴ Diz Mechem: *"It is now well setted that there is no contract, either express or implied, hetween a public officer and the government, whose agent he is."*¹⁴⁵ Quando se trata de empregos, cuja duração, investidura, e compensação se acham determinadas na Constituição, (*constitutional offices*) a lei ordinaria nada pode alterar ou modificar a respeito; quando, porém, se tratar de emprego creado por lei ordinaria (*statutory offices*),

"it may he entirely abolished, or its term may he increased or diminished or the manner offilling it may he changed, or its compensation may he altered or its duties may he diminished or increased at the will of the Legislature at any time, even though done durirtg the term for which the then incumbent was elected or appointed. 8o the Legislative may declare the office vacant, or may transfer its duties to another officer, although the effect may he to remove the officer in ihe middle of his term, or to abolish his office hy leaving it devoid of duties."

¹⁴³ Laferrière, ob. cit. t. I, p. 619.

Entende consoantemente este autor que, salvo disposição especial da lei em contrario, é indiscutivel o direito do Estado para modificar os vencimentos, soldos e pensões, visto não se tratar do uma obrigação contractual propriamente, tomada pelo Estado em favor do funcionario.—Ob. cit., t. II, p. 193.

¹⁴⁴ O Estado da *North Carolina* é o unico, cuja lei considera, como contracto, o vinculo creado entre o governo e o funcionario publico.

¹⁴⁵ Mechem, *On Public Officers*, § 463.

Não seria possível reservar liberdade maior á acção do legislador sobre os direitos do funcionario, do que se acha consignado no trecho transcripto.¹⁴⁶

— O citado Laferrière observa ainda, com relação aos direitos dos funcionarios, que os erros ou culpas commettidas pelo superior hierarchico para com o inferior não dão logar á nenhuma acção de indemnisação contra o Estado; e assim se entende, diz elle,

não só quando o superior abusa de seus poderes discricionarios de disciplina ou de exoneração, mas ainda quando offende mesmo a um direito adquirido. Neste ultimo caso, o agente lesado poderá, as mais das vezes, requerer a annullação da decisão illegal por excesso de poder; poderá tambem, em certos casos, obter de novo o soldo ou o ordenado; poderá, finalmente, no caso de uma destituição illegal, fazer restabelecer, por via contenciosa, o direito á pensão, de que fora privado, mas sem poder reclamar nenhuma indemnisação do Estado.¹⁴⁷

E' desnecessario advertir, que, nesta parte, não poderíamos acceitar a opinião de Laferrière da maneira extensiva, porque o faz. A nossa regra, e da qual não nos afastamos, é: onde se dér a lesão de um direito adquirido, do proprio facto deve resultar a obrigação de indemnizar para quem o houver praticado.

90 e. — Mas, para concluir sobre a materia em geral, independentemente de outras considerações e desenvolvimentos, acreditamos que a boa doutrina se poderá resumir no seguinte:

1) Ainda que não deva prevalecer como regra, que o funcionario publico possa sempre ser demittido *ad nutum*, por mero capricho ou má vontade do superior hierarchico, se deve, todavia, convir igualmente que as vantagens ou direitos, conferidos ao mesmo em virtude

¹⁴⁶ Mechem, loc. cit, A doutrina deste autor é a que tem sido affirmada nas decisões judiciarias.

¹⁴⁷ Laferrière, ob. cit., t. II, p. 186.—Cf. Vivien, *Études Administratives*, t. I, p. 262 sg.

do emprego, jamais poderão constituir, como já se disse, um impedimento a que o poder publico o destitua, de modo directo ou indirecto, desde que o serviço publico assim exigir;¹⁴⁸

2) Quando essas vantagens se acharem expressamente declaradas em lei, e assumirem a qualidade de *direitos adquiridos*,—si ellas forem violadas ou abolidas, a intervenção judiciaria será inteiramente justificada, quer para amparar o funcionario na continuação do gozo de taes vantagens ou direitos em dados casos especiaes, quer para o fim de assegurar-lhe uma compensação pecuniaria conveniente, dada a privação dos mesmos direitos;

3) Fóra destes casos, e nos limites indicados na lei, a intervenção judiciaria devera ser considerada, attentatoria da independencia dos ontros poderes, e prejudicial á boa ordem dos serviços da Administração, para cujos intuitos o Judiciario deve, alias, concorrer, como poder coordenado aos fins geraes e communs do Estado.

91. — Medidas de natureza policial. Sendo de regra, que as autoridades executivas ou administrativas tenham faculdades amplas, ás vezes discricionarias, que a lei lhes confere de modo expresso ou lhes resultam implicitamente da natureza especifica da função policial; é sabido, que a intervenção da autoridade judiciaria, quasi somente, se dá por meio dos mandados de *habeas - corpus* em favor da liberdade pessoal, quando os actos praticados tomam um caracter manifestamente violento ou illegal; e já vimos tambem, que segundo a nossa jurisprudencia, o Estado não é condenado á satisfação de danos pelos actos da autoridade policial, praticados por motivo de ordem ou segurança publica, ainda mesmo, quando posteriormente se venha reconhecer a sua sem-razão ou illegalidade de taes actos. Ao lesado assiste, sim, o direito de fazer responsabilisar, penal e civilmente, a

¹⁴⁸ Vivien, loc. cit.

respectiva autoridade pelo delicto commettido e suas consequencias. (Cod. Penal, art. 224; Const. Federal, art. 80, § 4º e art. 82).

O Estado, diz-se , cumpre, antes de tudo, um dever institucional na adopção e execução de medidas *necessarias*; consequentemente, não deve prestar, conforme á doutrina geralmente recebida, indemnisação alguma pelos effeitos das mesmas. E' certo, que tanto as medidas ordinarias de policia, como alem destas, as do governo directamente, em periodo anormal, podem revestir formas aparentemente illegaes ou violentas, não só contra os direitos pessoaes, mas tambem contra os direitos reaes dos individuos. Mas trata-se de uma contingencia inevitavel; porque, ás vezes, o exito ou a efficacia da medida depende justamente da *forma discricionaria*, que o agente deverá empregar na sua execução.

Si o Judiciario, só por isto, entendesse que devia desde logo intervir, a acção da administração policial ou do governo, em muitos casos, aliás da maxima importancia, tratando-se porventura da propria existencia do governo, tornar-se - hia improficua, inutil; por isto, a não-intervenção judicial não pode deixar de ser a regra de boa razão em casos de natureza semelhante.

Não se quer dizer que, dada a lesão, uma lesão caracterisada, da propriedade privada por actos e medidas da autoridade policial,— mesmo no exercicio de funcções as mais legitimas e com intuito inteiramente justificado, — o Estado não deva JAMAIS responder civilmente á parte lesada. Isto estaria em contradicção com a doutrina geral, que temos sustentado sobre a *responsabilidade civil* do Estado, e mesmo, com a sua applicação conhecida a casos particulares, anteriormente considerados.

Não; em casos taes continuamos a affirmar que, não só ao agente directo do acto, mas tambem ao Estado, caberá a obrigação de

reparar o dam no, quer este provenha de acção positiva, quer mesmo da omissão culposa da autoridade publica.¹⁴⁹ O que juntamente importa, é não esquecer que, ainda assim, em respeito á independencia dos outros poderes e em vista da *necessidade* das medidas em questão, o poder judiciario só deve intervir *a posteriori*, á dizer, depois das mesmas terem produzido os seus effeitos quanto ao fim immediato de interesse publico, que as motivara. Porque então, bem apreciadas as razões, que teve a autoridade para ordenal-as ou executal-as, e bem assim, a natureza, character, e extensão das lesões arguidas, o Judiciario estará melhor habilitado a cumprir o seu dever, fazendo reparar as consequencias lesivas do acto, ou não, segundo o teor juridico das circumstancias.

91 a. — Agora, deixando de fallar das medidas *excepcionaes* tomadas em tempo de guerra, é sabido que as medidas de policia, relativas á manutenção da ordem publica, se distinguem em providencias normaes, ordenadas em situação inteiramente pacifica, e em medidas anormaes, tomadas por occasião de commoções intestinas ou em estado de sitio (politico), declarado pelo Congresso Nacional ou pelo Governo. Sobre as primeiras, nada mais cumpre accrescentar;¹⁵⁰ sobre as segundas, porém, sobreleva ainda verificar, qual tem sido a jurisprudencia seguida pelo Judiciario nos casos sujeitos ao seu conhecimento.

¹⁴⁹ Hic, p. 329 e p. 516 sg.

¹⁵⁰ Quanto ás medidas referentes á policia sanitaria, assim como, relativas aos jogos e outros divertimentos publicos, a tendencia dos tribunaes superiores de justiça se tem mostrado, em geral, igualmente favoravel a acção discricionaria da respectiva autoridade, desde que esta não exorbite da sua competencia.

— Convém, todavia, observar, que essa *discrção* da autoridade policial só deve ser reconhecida com relação aos *jogos* ou *diversões*, declarados illicitos, isto é, vedados pela lei. Assim não sendo, o seu acto torna-se violento e arbitrario, e consequentemente, dará direito ao lesado de pedir indemnisação pelo damno soffrido. Por exemplo, entendemos, que não se póde prohibir o funcionamento de um jogo já licenciado pela autoridade ou poder competente, sob o fundamento de ser elle illicito, sem que, dessa prohibição, nasça a obrigação de indemnisar o damno por parte da Fazenda Publica, ao menos de maneira subsidiaria.

No que respeita ás garantias da liberdade individual, o Supremo Tribunal Federal havia firmado a doutrina de que “somente ao Congresso Nacional competia aprovar, ou não, o estado de sitio decretado pelo Presidente da Republica e examinar e julgar as medidas excepcionaes, que elle houvesse tomado.”¹⁵¹ Esta doutrina manteve invariavelmente o Supremo Tribunal, desde o seu primeiro Accordam de 27 abril de 1892 até o de 26 de março de 1898. Entretanto, não se póde dizer que ella deva ser considerada, como subsistente; porquanto, em data pouco posterior ao ultimo de citados Accordams (em 16 Abril de 1898), o mesmo Tribunal se julgara competente para intervir, concedendo *habeas - corpus* á individuos, detentos em consequencia das medidas do estado de sitio, e aos quaes elle já havia recusado deferimento pelas razões acima alludidas...

Talvez pareça ao Sup. Tribunal, que é de maior acerto a doutrina do seu Accordam de 16 abril de 1898. Mas na falta de julgados posteriores, que a confirmem, ainda não é licito adiantar, que a mesma se venha a firmar, como jurisprudencia indiscutivel.

— Quanto á satisfação dos danos, porventura resultantes das medidas do estado de sitio, a doutrina da nossa jurisprudencia pode ser conhecida dos dous casos seguintes:

a) Tendo um dos detentos durante o estado de sitio proposto acção contra a União pelos danos soffridos com a sua detenção, e pelo extravio de papeis de valor attribuido aos agentes policiaes, o Sup. Tribunal julgou a acção improcedente: não só “porque os actos arguidos *não obrigam á Fazenda Publica a prestar ás pessoas suspeitas ou criminosas indemnisação nas circumstancias*, mas tambem porque, mesmo em periodos normaes, *ao Estado*, por não ser *pessoa natural*, não

¹⁵¹ S. T. F. 27 abril 1892, 1º setembro 1894, 23 e 26 março 1898. Vide: Relatorio da Justiça de 1898, p. 47 sg.

lhe é imputavel o quasi - delicto, resultante da negligencia na fiscalisação de seus funcionarios de sorte a *responder illimitadamente por seus actos abusivos*".¹⁵²

b) Sobre outro caso identico de detenção durante o estado de sitio, declarou o Sup. Tribunal em data posterior: que o poder executivo pode, na vigencia do estado de sitio, segundo o art. 80 da Const. Federal, deter e desterrar, — respondendo as autoridades que houverem ordenado taes medidas pelos abusos commettidos; que o individuo (autor do pedido de indemnisação) fora preso durante o estado de sitio, e o Governo, usando da attribuição que lhe competia, não ficara obrigado a indemnisar os prejuizos resultantes da prisão referida; que, finalmente, o Congresso Nacional, unico competente para conhecer das medidas decretadas pelo poder executivo dentro de suas attribuições constitucionaes durante o estado de sitio, havia approvado todos os actos praticados por este ultimo poder; e que, por taes fundamentos, a acção era improcedente.¹⁵³

92. — Actos concernentes ás rendas publicas. As leis, regulamentos, e outros actos relativos á criação, arrecadação e fiscalisação das rendas publicas, não podem deixar de merecer igualmente o maior escrupulo da parte do Judiciario, quando, porventura, chamado a intervir no sentido de obstar a sua applicação ou de annular os seus effeitos, com ou sem o pedido concomitante de indemnisação. Abolido, muito embora, o Contencioso Administrativo, que decidia outr'ora todas as questões pertencentes ás rendas publicas, a Administração Fazendaria não póde comtudo deixar de continuar a exercitar certas attribuições de

¹⁵² Vide: S. T. F. n. 167 de 28 abril 1897. A doutrina do Accordam citado nao pode ser admittida, como regra geral da materia, sem o sacrificio da justiça em muitos casos. Aliás, das declarações dos votos vencidos se vê, que nem todos os seus fundamentos foram acceitos pelos membros do Tribunal, ainda que, por maioria de votos, a respectiva acção tivesse sido julgada improcedente, como foi.

¹⁵³ Vide: S. T. F. n. 478 de 26 julho 1900.

caracter discricionario, sob pena de a sua acção tornar-se , muitas vezes, inefficaz na gestão ou guarda dos dinheiros publicos.¹⁵⁴

Assim dizendo, não temos em mente, nem os casos de impostos ou taxas ilegalmente arrecadadas, nem os de apprehensão injusta de generos e mercadorias a pretexto de contrabandos e, menos ainda, a não - entrega de depositos feitos nas diversas caixas do Estado. A intervenção judiciaria, nestes casos e noutros analogos, sempre teve lugar entre nós, como simples dever elementar de justiça. O contrario seria reconhecer ao Estado o direito de apropriar-se *irresponsavelmente* da fortuna particular, si assim lhe o aprouvesse. E mediante a intervenção alludida, que o individuo lesado tem, não raro, conseguido, não só fazer cessar a medida illegal ou vexatoria do acto administrativo, mas tambem a indemnisação consequente, isto é, a restituição do que lhe fora indevidamente arrecadado ou tirado de seu poder e posse. Neste sentido já são, com effeito, numerosos os julgamentos do Judiciario, annullatorios de actos, quer do poder federal, quer do poder estadual (S. T. F. 6 março de 1897; 25 e 28 maio, 13 julho, 21 novembro de 1898; 2 maio, 26 julho de 1899; 7 julho, 10 e 20 outubro, 10 novembro de 1900, etc, etc), e dos quaes já se fez menção em outra parte.¹⁵⁵

92 a. — Entre os actos da Administração Fazendaria, a respeito dos quaes a intervenção judicial, ou não devia ter lugar, ou só deveria dar-se em casos especialissimos de abuso ou violencia manifesta,— estão, principalmente, os que se referem ás medidas *assecuratorias*, ás de fiscalisação, e ás penas *disciplinares* impostas

¹⁵⁴ O Dec. n. 2807 de 31 de janeiro de 1898, que ora regula o Thesouro Federal e mais Repartições da Fazenda Publica, convence, de que realmente vigoram ainda na materia certas disposições de natureza contenciosa, certamente indispensaveis, embora não mais applicadas sob aquella denominação.

¹⁵⁵ Hic, p. 513.—Como decisões annullatorias de impostos estadoaes, sob o fundamento da sua inconstitucionalidade, são de ver, além de outras, as seguintes: S. T. F. 13 e 23 fevereiro, 2 março, 9 e 25 setembro de 1895; 23 maio, 9 dezembro de 1896; 28 maio e 13 julho de 1898; 7 junho e 29 julho de 1899, etc.

administrativamente aos funcionarios, exactores ou guardas das rendas publicas.

Mas, em uns casos, como nos da *proibição de entrada* nas repartições fiscaes, feita a determinados individuos que, pela sua conducta, se tornaram suspeitos aos interesses da Fazenda, a jurisprudencia seguida tem sido: “que é absolutamente vedado a autoridade judiciaria apreciar o merecimento de actos administrativos sob o ponto de vista da sua conveniencia ou oportunidade, — devendo examinar tão somente a legalidade delles e fundar-se em razões juridicas; que, por isso mesmo, as medidas administrativas tomadas em virtude de uma faculdade ou poder discricionario escapam ao exame e fiscalisação do poder judiciario, salvo o caso de incompetencia ou excesso de poder por parte da autoridade, administrativa (lei n. 221 de 1894, art. 13 e §§)”.¹⁵⁶ Ao passo que, em outros casos, por sem duvida, de maior gravidade contra os interesses da Fazenda Publica, como na prisão administrativa dos seus responsaveis, o Judiciario nem sempre tem mantido, com a mesma firmeza, a validade ou applicação dos mesmos principios. Com effeito, sem embargo de que a prisão administrativa dos responsaveis pelos dinheiros publicos se acha autorisada por disposição especial expressa (lei n. 221 de 1894, art. 14), não são raros os casos, nos quaes o Judiciario intervindo, os tem mandado relaxar da prisão por meio de *habeas-corpus* (S. T. F. 3 abril 1897; 21 janeiro, 2 fevereiro, 24 julho de 1899; etc, etc.)¹⁵⁷

Ninguém ousa negar o direito, ou antes o dever, que cabe á autoridade judiciaria de amparar a liberdade do individuo, onde quer que esta soffra ou se ache seriamente ameaçada de violencia. Mas, tratando-

¹⁵⁶ S. T. F. 1º junho (na. 69, 70, 71) de 1895.

¹⁵⁷ E' certo, que tambem em muitos outros casos o S. T. F. tem negado o *habeas-corpus*, declarando não haver constrangimento illegal na prisão administrativa dos responsaveis á Fazenda Publica.

se da especie particular, — a prisão dos responsaveis pelos dinheiros publicos, — muito importa evitar que os seus defraudadores, em vez de serem sujeitos á punição da lei, vão gosar o fructo do crime, acobertados aliás pela egide da propria justiça publica. Quem se dér ao trabalho de examinar os differentes casos, em que individuos, presos por motivo de alcances para com o Thesouro, tem, não obstante, obtido *habeas - corpus* em seu favor, não poderá deixar de convencer-se , de que tem havido innegavelmente não pequena condescendencia por parte dos tribunaes de justiça a semelhante respeito... Em nossas palavras não vae o pensamento de levantar uma censura; não podemos, todavia, deixar do relembrar o grande interesse de ordem material e moral, que essa questão envolve.

93. — Concessões e privilegios. Tendo feito menção do teor da nossa jurisprudencia (p. 526), relativamente á responsabilidade civil do Estado pelos damnos resultantes da infracção ou do não-cumprimento de obrigações contractuaes, resta-nos agora considerar a materia, debaixo do ponto de vista particular dos direitos, que o poder publico se deve reservar nas *concessões feitas* aos individuos ou a empresas para a realisação de certos melhoramentos ou serviços de interesse publico.

Como sabe-se , a *concessão* tanto póde ter por objecto uma autorisação especial ou o reconhecimento de um direito para o exercicio de certos privilegios e regalias,—exploração de algum serviço ou industria, — o uso e goso de determinados favores ou isenções, —como ainda, a posse de bens do dominio do Estado, usufruindo - os o *cessionario*, ou tirando delles commodos e vantagens nas condições e limites estipulados.

Mas não seria preciso accrescentar desde logo, que as regalias ou privilegios concedidos pelos poderes publicos, quaesquer que sejam, só se justificando em vista do bem publico que deve provir da sua execução; é logico, é consequente, que no poder concedente permaneça ininterrupto o seu direito de *regular* e *fiscalisar* o desempenho das obrigações,

segundo as quaes o concessionario obteve, e terá de gosar dos respectivos privilegios.

Certo, uma vez feita legalmente a concessão, seja de bens materiaes, seja de determinado privilegio para a exploração de industrias ou para o goso de certas regalias e faculdades (*a de conferir grãos academicos*, por exemplo), semelhante concessão deve ser respeitada e mantida pelo poder concedente, como um *direito adquirido* pelo concessionario; este ponto fica fora de duvida. Mas o que não menos importa, é definir, ou melhor dizendo, circumscrever os limites e condições, essenciaes ao exercicio desse direito de natureza excepcional.

93 a. — Admittindo que a concessão se torne, por assim dizer, uma *propriedade intangivel* quanto á sua substancia, é manifesto, todavia, que o mesmo não se poderá jamais pretender quanto aos modos funcçionaes della, isto é, quanto aos meios da sua exploração. A menos que não se queira despir o poder publico da sua qualidade institucional inherente de fiscal constante do bem publico, elle não póde deixar de conservar o direito "*nunc et semper*" de regular a acção do concessionario, toda vez que esta affecte aos interesses communs do Governo e da Sociedade. Queremos dizer, ou se trate de concessão relativa á viação publica, ao commercio e á industria, ou de um privilegio sobre estabelecimentos relativos á saúde publica, á instrucção ou a qualquer outro objecto semelhante, a regra da materia não poderá ser, senão esta: desde que o poder publico que a faz, tem sobretudo em vista a realisação de um bem ou serviço de interesse publico, e não o *proveito pessoal* do concessionario; fica consequentemente subentendido, que o mesmo poder não abdicara (nem podia fazel - o) jamais a sua attribuição essencial de superintender os modos de execução do privilegio concedido, a dizer, o direito de modifical-o, de corrigil - o, si for mister, de accordo com as exigencias do bem publico nas circumstancias. Por outro lado, aquelle que solicita e obtém a concessão de favores ou privilegios do

poder publico; por certo tambem não ignora, que este tem prerogativas ou attribuições, das quaes não lhe fora licito abrir mão, qualquer que seja, ou pareça ser, a amplitude das regalias especificadas no titulo da concessão.

Ora, a prerogativa inherente ao poder publico, de *regular* a acção dos individuos e das associações particulares em geral, no que diz respeito á propriedade, ao exercicio das profissões, ou á exploração de quaesquer serviços industriaes, é cousa que ninguém ousaria contestar, por ser, ao contrario, uma razão cardeal, senão, o *fim legitimo* da instituição ou organização do proprio poder publico. Como, pois, duvidar da *subsistencia* de identica prerogativa com relação aos individuos ou associações privilegiadas pelo dito poder?

Os privilegios ou favores excepcionaes, concedidos a certos individuos ou associações, já são, por si mesmos, restricções impostas aos direitos communs dos demais individuos e associações; e esta só razão basta, para não exaggerar - os no seu alcance e efeitos. Pelo contrario, na sua interpretação se deverá não esquecer a applicação destas duas regras: 1) o concessionário não póde pretender favor maior, do que o declarado expressamente no acto da concessão; 2) o mesmo não poderá jámais obstar a intervenção do poder concedente, senão, naquillo, e até onde, este se haja obrigado efectivamente a não intervir. Donde, sem outras razões ou argumentos, é licito concluir, que, si o poder concedente de um privilegio não se tiver obrigado, por clausula expressa, a abster-se de taes e taes actos, concernentes aos *modos* da sua execução ou exploração; é indiscutivel, que o mesmo *se reservou* inteira competencia a esse respeito, isto é, — competencia para modificar as regras da sua execução, senão quanto á *substancia do privilegio*, certamente em tudo que se referir aos meios praticos de uma melhor fiscalisação em vista do bem publico, que deve ser realizado. E si dahi resultarem novos encargos para o concessionario, este deverá satisfazel-os, como obrigações suas,

implicitamente contrahidas, legítimas e consequentes do próprio privilégio, de que se acha investido, sem que lhe possa aproveitar a alegação, de que se trata de uma infracção contractual por parte do concedente.

93 b. — Entretanto, para guardar a devida justiça neste ponto, cumprirá attender juntamente á uma distincção da maxima importancia: a concessão se póde fundar em um contracto, propriamente dito, ou em outro acto differente de discricção administrativa. Quando a concessão assenta num contracto, este se torna a lei entre o poder publico concedente e o concessionario, do mesmo modo, que se fosse celebrado entre dois individuos particulares, a dizer, as estipulações, clausulas e condições, constantes do instrumento, ficam sendo a regra e a medida dos direitos dos contractantes, salvas tão somente as restricções implicitas, inherentes á *qualidade essencial* do poder publico.

Este, que seja previdente em resalvar no contracto as faculdades que se reserva, relativamente aos favores concedidos; porquanto, uma vez perfeito e acabado o acto juridico, é deste que devem decorrer os direitos e os seus effeitos consequentes, tanto para o poder concedente, como para o concessionário.

Quando a concessão, porém, assenta, não em contracto, mas em outro acto publico (decreto, despacho, etc), isto é, em um acto discricionario da administração publica, diverso é o principio que deve reger a materia: em regra, se subentende, que o poder concedente se reserva o pleno direito de alterar ou modificar os *modos e condições funcçionaes* da respectiva concessão, desde que o interesse publico assim o reclame.

Ha mesmo quem sustente, que todas as concessões, dessa natureza, quaesquer que sejam, são sempre feitas á titulo precario, e por conseguinte, essencialmente revogaveis.¹⁵⁸

Supponha-se , por exemplo, que se trata do privilegio para a fundação de uma faculdade de direito ou medicina, equiparada aos institutos officiaes da mesma especie. Para que semelhante faculdade possa funcção e conferir diplomas com os direitos concernentes, o poder publico *modelou-a* por um typo legal existente: o das faculdades officiaes.

Amanhã, porém, o mesmo poder altera o typo destas, por parecer-lhe que as materias do curso ou o metliodo adoptado já não correspondem ao estado actual da sciencia... Pergunta-se: cabe, ou não, ao mesmo poder o direito de impor o novo typo, ora preferido, á faculdade concessionaria, que se fundou e funcção de accordo com as clausulas primitivas da sua concessão?

Certamente. O poder publico não lhe veda o goso de seu privilegio na sua continuação, na sua *substancia*; apenas, o que exige é, que ella se conforme aos novos moldes, segundo os quaes o ensino medico ou juridico deve ser ministrado, em bem da sciencia e do interesse publico.

Si assim não fora, o resultado seria um enorme absurdo: individuos diplomados em medicina e direito, com instrucção e preparo academico differentes em *quantidade e qualidade*, mas, não obstante, todos elles gosando de identicas vantagens e regalias aos olhos da lei e do poder publico!

Não póde ser. Na concessão de favores, que o poder publico faz *discrecionariamente*, elle não fica sujeito ás clausulas de um verdadeiro

¹⁵⁸ Hauriou, *Droit Admin.*, ns. 300 e 306.

contracto (*executed contract*, como dizem os juristas americanos), mas *confere apenas um beneficio* sob a condição subentendida, senão, às vezes expressa, de que os modos da sua exploração ou gozo serão alteráveis, conforme as exigências do bem da collectividade, em vista do qual foram, precisamente, concedidos os favores em questão. Ou, usando da linguagem de notavel professor: "as concessões de *direitos de poder publico*, quaesquer que sejam, não dão jamais ao concessionario o *proprio direito*, mas, tão somente, o exercicio do direito, isto é, uma *posse precaria*". Consequentemente, as condições *modaes*, inseridas no instrumento da concessão, não tem o caracter de perpetuidade; constituem o modelo da ocasião de accordo com a lei existente. Alterada esta, o novo modelo prescripto passa a ser a regra obrigatoria, que a instituição concessionaria fica sujeita a adoptar, e sob os novos meios de fiscalisação que porventura pareçam tambem de melhor efficacia.

93 c. — As regras ou principios, que vimos de expor, são os que prevalecem na jurisprudencia Norte-Americana, circumstancia, que não póde deixar de merecer preponderancia entre nós, visto termos transplantado dalli as normas do direito publico, que ora vigora em nosso paiz.

Na Republica Norte-Americana a controversia appareceu, e se tem mantido principalmente em torno do dispositivo do § 10º do art. 1º da Constituição Federal, que veda expressamente a adopção de lei, invalidando obrigações contractuaes. "*No State shall pass... law impairing the obligation of contracts.*"

Conhecidos os frequentes abusos das legislaturas estadoaes intervindo por *leis de ocasião* para desfazer direitos das associações e dos individuos, adquiridos em virtude de obrigações, legitimamente contrahidas; os tribunaes de justiça se mostraram, ao principio, inteiramente liberaes na applicação do texto prohibitivo da Constituição, acima citado.

Tornou-se mesmo assaz celebre, como doutrina corrente, a decisão da Côrte Suprema, proferida em 1819 no caso *Dartmouth College v. Woodward*, na qual ficaram assentados os seguintes pontos: 1) que uma carta - patente (*charter*), desde que o concessionario entra na posse dos direitos constantes della, constitue verdadeiro contracto entre o dito concessionario e o poder concedente; 2) que não é licito ao mesmo poder revogar ou alterar o privilegio concedido pela referida fórma.¹⁵⁹

Mas, referindo-se á esta decisão, o Juiz Miller declarara, que a mesma causou ao paiz uma grande surpresa; porque, segundo os seus termos, uma vez concedidos e aceitos certos direitos por uma corporação, isso importava em verdadeiro contracto, o qual o Estado concedente não podia mais annular!¹⁶⁰ A doutrina do caso *Dartmouth College* fôra, não obstante, mantida por varias decisões posteriores.

Reconhecido, porém, que uma interpretação lata dessa doutrina seria, não só contraria ás prerogativas fundamentaes do poder publico, como ainda prejudicialissima aos interesses communs da

¹⁵⁹ Thayer, *Cases on Constitutional Law*, vol. II, p. 1564 seg.

¹⁶⁰ Miller, *The Const. of the United-States*, p.557.

— “*La concession est un acte purement discrétionnaire, par lequel l’administration confere á une personne déterminée un droit qui est créé par cette mesure administrative. La concession diffère en plusieurs points de la simples autorisation; celle-ci implique ordinairement, de la part de celui qui l’obtient, l’existence antérieure d’un droit dont L’EXERCICE seulement était subordonné á une permission administrative, tandisque la concession donne naissance au droit dont auparavant celui qui en devient titulaire n’avait même pas le germe. Quand l’autorisation n’est pas la consécration d’un droit préalable, elle n’est qu’une simple tolerance et, par conséquent, révocable AD NUTUM, tandisque la concession confere des droits et n’est révocable que dans certains cas et pour certaines causes.*” Laferrière, *Cours de droit public et administratif*.— Paris 1860.

— Batbie se exprime em termos quasi identicos; ajuntando, porém, a advertencia, de que muitas vezes a lei emprega os alludidos vocabulos—autorisação e concessão, um pelo outro. “*La concession est un acte, par lequel l’administration subroge ses droits á un particulier ou une compagnie. C’est une mesure discrétionnaire qui n’implique aucun droit préexistant de la part du bénéficiaire, et qui est la source première des actions acquises á ce dernier. Elle se distingue de la permission ou AUTORISATION en ce qu’elle confere au concessionnaire des droits, qui ne peuvent pas lui être enlevés arbitrairement sans indemnité, tandisque généralement les permissions sont révocables AD NUTUM. Quelquefois cependant la loi emploie ces mots l’un pour l’autre.*” Batbie, *Precis du droit public et admin.*— Pariz, 1885.

sociedade em geral, a obra da reacção jurídica começou a accentuar-se , de dia em dia, no sentido de firmar-se theoria mais salutar, reguladora de tão importante materia.

De um lado, os Estados, para garantir-se contra a intervenção, porventura indebita dos tribunaes judiciarios, adoptaram, como systema, inserir, nas proprias Constituições ou nas leis, disposições expressas contendo — “que toda concessão ou privilegio, qualquer que seja, fica sujeito as modificações, ou emendas convenientes, ou mesmo á revogação, a juizo do Poder Legislativo; de outro lado, os tribunaes judiciarios, por sua vez, procuraram dar aos principios, consagrados no caso” — *Dartmouth*, uma applicação mais restricta, limitando a protecção dos privilegios, pela justiça, aos seus direitos *essenciaes*, isto é, á substancia dos direitos adquiridos (*vested rights*) pelo concessionario, conforme ás clausulas expressas do instrumento que os conferira, eliminada, porém, toda interpretação extensiva em favor dos mesmos.

E para bem assegurar o imperio desta doutrina, se tem agora, como regra da materia, — que nem toda concessão importa uma obrigação contractual: é mister, antes de tudo, que ella verse sobre coisa susceptivel de ser adquirida, como *propriedade*, pelo beneficiario.— Tratando-se de concessão de natureza diversa, o Estado não fica obrigado a respeitá-la de modo intangivel, reservando-se , ao contrario, o seu direito de intervir para melhor *regularisá-la*, segundo as exigencias occorrentes do interesse publico. Por exemplo, “quando o Estado concede, que só haja uma estrada de ferro ou um só matadouro de gado em determinado districto, a concessão não importa em um contracto, a dizer, em uma obrigação irrevogavel”.¹⁶¹ E’ a applicação e o desenvolvimento desta concepção jurídica, que tem prevalecido nas decisões da jurisprudencia americana, desde mais de meio seculo.

¹⁶¹ Hare, *American Const. Law*, t.I, p. 606-607; Thayer, *Cases*, p.1580, nota.

93 d. — Num dos casos mais debatidos, sobre a concessão de uma ponte (*Charles Biver Bridge v. Warren Bridge, 1837*), depois de encarada e discutida a especie por todas as suas faces, foram consideradas pela Côrte Suprema, como razões de decidir, as seguintes: “Que o objecto e fim de todo o governo é promover a felicidade e prosperidade da communhão social, razão, pela qual é o mesmo estabelecido, não podendo jamais admittir-se , que o governo tenha em mente *diminuir* esse seu poder de cumprir o fim, para que fôra creado... Que, quando uma associação allega que o Estado abriu mão de semelhante poder (*has surrendered*), cabe á communhão insistir (são palavras da decisão) “que um tal abandono de poder não é presumível... salvo o proposito deliberado expresso do Estado de assim fazel-o...— Que a existencia do governo não seria de grande valor, si, por inferencias ou presumpções, fosse o mesmo desarmado dos poderes necessarios ao preenchimento dos fins da sua criação, sendo as *suas funcções proprias* transferidas para as mãos de associações privilegiadas... “*Que em virtude das carta - patentes (charters) nenhuns direitos são tirados ao publico, ou dados á associação, além daquelles que as palavras da carta - patente, em sua intelligencia natural e propria, lhes devam conferir.*” — E á vista do que, apesar de tratar-se , na especie, de uma concessão fundada em carta - patente, a Côrte Suprema deixou de considerá-la, como contracto, propriamente dito, sendo, portanto, a *interferencia* posterior do poder publico, legitima e incontestavel.¹⁶²

De data mais recente, nenhum outro exemplo se poderia citar para illustrar o assumpto de maneira mais proficua, do que os chamados *Sinking-fund-cases*, grande demanda sustentada pela “*Union Pacific Railroad Company v. United States*, e a *Central Pacific Railroad Company v. Gallatin*” contra uma lei federal, impondo-lhe a obrigação nova de um

¹⁶² Thayer, ob. cit., p., 1636.

fundo de amortização, não cogitado no instrumento originário da respectiva concessão.

Na exposição da matéria, feita segundo o pensamento da Corte Suprema, disse o Juiz Waite:

“Não ha duvida, que o poder do Congresso, para *alterar* ou *revogar*, tem limites. Todos sabemos que elle não póde ser usado para reaver a *propriedade já adquirida* em virtude da carta - patente, nem para privar a associação dos rendimentos que tem em virtude de contractos legalmente feitos; mas, como já se decidiu no caso *Miller v. The State*, esse poder póde ser exercido, e quasi sem limites (*to almost any extent*) no intuito de fazer realizar os fins originarios da concessão, ou para assegurar a devida administração de seus negocios, e bem assim para proteger os direitos dos accionistas e credores, etc... De novo, no caso *Holyoke Company v. Lyman*, se affirmou esse poder para proteger os direitos do publico, etc...No caso *Tomlinson v. Jessup* a Corte fora ainda mais explicita, dizendo: *A reserva* (de poder) *affecta todas as relações entre o Estado e a associação*, e colloca sob a fiscalização legislativa (*under legislative control*) todos os direitos, privilegios e imunidades, derivados do Estado em virtude da sua carta - patente. Finalmente, em *Railroad Company v. Maine*, se repete: O Estado se reserva o poder de alterar a carta - patente em todos os particulares constitutivos da concessão feita por elle, inclusive os direitos incorporados, privilegios e imunidades... Em *Schields v. Ohio*, tambem se disse quanto á limitação do poder: As alterações devem ser razoaveis; devem ser feitas de boa fé, e consistentes com o objecto e fins da associação. Não se deve admittir a oppressão e injustiça manifesta, sob o pretexto de alterações ou emendas...”

— E amparando-se nos julgados alludidos, concluirá o Juiz Waite:

“Pensamos poder dizer com segurança que, quaesquer que sejam as regras que o Congresso possa ter dado na carta - patente originaria da associação, quanto ao *governo* desta, elle *conserva sempre* o poder de fazer-lhe modificações posteriores (*to stablish by amendments*). Não poderá annular o que tiver sido feito, ou desfazer os contractos existentes; mas poderá providenciar sobre o que se deva fazer para o futuro, e poderá dispor sobre o que convenha fazer com relação á boca execução dos referidos contractos.”

Não seria preciso acrescentar, que, em consequencia, foi o acto do Congresso mantido pela decisão da Côrte Suprema, não obstante importar elle uma obrigação nova ou encargo maior para a associação concessionaria.¹⁶³

— Com essa doutrina das decisões judiciais, confere igualmente a lição dos jurisconsultos mais notaveis do paiz.

Cooley ensina que uma carta - patente (*a charter*) deve ser considerada — *como concedida sob a condição*, de que a associação fica sujeita aos regulamentos precisos, e a dirigir os seus actos conforme ao que fôr prescripto pela Legislatura,— desde que as novas prescripções não impeçam o goso material do privilegio, e sirvam somente para assegurar os fins, para os quaes a associação foi organizada. O limite do poder publico a respeito é substancialmente este: *“os regulamentos se devem referir ao conforto, segurança e bem - estar da sociedade...”*¹⁶⁴ Em uma palavra, devem affectar ao exercicio ou ao modo de explorar o privilegio, e não á *substancia* do mesmo.

O professor C. Black ensina igualmente, que o dono de um privilegio ou concessão fica sujeito, no uso de sua propriedade e no goso do privilegio, ás leis e instrucções convenientes, ainda que o respectivo valor do privilegio soffra com isso e a sua feição exclusiva seja mesmo infringida.¹⁶⁵

— Em resumo, tal é a doutrina e a jurisprudencia americana acerca das faculdades, que o poder concedente se reserva, com relação aos direitos adquiridos pelo concessionario; e os principios, em que essa jurisprudencia se apoia, merecem, sem duvida, ser consagrados nos arestos da nossa jurisprudencia.

¹⁶³ Thayer, ob. cit., p. 1698 sg.

¹⁶⁴ Cooley, *Principies of Const. Law*, p. 822-28.

¹⁶⁵ Black, ob. cit., p. 628 sg.

Certo, não é possível admitir que o poder publico (legislativo ou executivo) fique por tal modo destituído de acção relativamente aos direitos do titular de uma concessão, que, dado qualquer acto incidente modificativo da mesma, embora de interesse publico, recaia sobre o Estado, só por isto, a obrigação de responder judicialmente, isto é, de prestar uma indemnização pecuniaria, como tantas vezes já tem succedido, por força de sentenças dos nossos tribunaes. Não é de razão, nem de justiça.

A intervenção judiciaria nas especies desta natureza não póde deixar de ser a mais reflectida e cautelosa em attender áquelles que, cumulados de favores e privilegios pela munificencia do poder publico, pretendam ainda tirar, desses mesmos favores e privilegios, razões e motivos apparentes para enriquecer á custa do Thesouro Publico, — sem terem, quasi sempre, cumprido da sua parte as obrigações ou encargos tomados, como condição de validade efectiva da propria concessão obtida... Os privilegios, não se ignora, caem todos sob a sancção conhecida do direito romano: *Quae propter necessitatem recepta sunt non debent in argumentum trahi* (Dig. 1. 50, tit. 17,162). *Quae a jure communi exorbitant, nequaquam ad consequentiam sunt trahenda* — (c. 28 de R. J. in 6to 5, 12).¹⁶⁶

93 e. — Sobre a materia de concessões do poder publico, ha ainda um incidente importantissimo, que convém elucidar no momento.

E' principio fundamental do direito administrativo, geralmente consagrado nos diversos codices,— que, muito embora o Governo acceite o papel de *parte* nos contractos (de concessão de privilegios, de construcção de estradas de ferro, de portos, etc), que faz com os particulares, não se despe por isto das suas funcções proprias, ou melhor dizendo, da sua qualidade de *fiscal constante* dos interesses publicos. E é

¹⁶⁶ E' tambem de ver: Cooley, *Constituitonal Limitations*, p. 708 sg.

a razão, porque o mesmo, não obstante ser uma parte contractante, continua a *despachar* ou *decidir* as questões concernentes ou as reclamações da outra parte contractante, a expedir instrucções, á regular os serviços, e até á impor certas penas, desde que semelhantes actos se tornem precisos á boa execução do respectivo contracto. Quem contracta com Governo ou poder publico sabe de antemão, que isso assim é, e assim não pode deixar de ser; não trata com uma parte, de igual a igual, na inteira accepção destes - termos; ainda que, em virtude do contracto, tanto o Governo, como o individuo particular, tenham assumido obrigações bilateraes reciprocas aos olhos do direito. Por certo que ha um limite posto á essa *qualidade superior* da parte - Governo: este não pode, pela sua vontade exclusiva, alterar a natureza, especie ou substancia das obrigações tomadas; não pode igualmente impor ao outro contractante novos encargos e condições, que se não achem, explicita ou implicitamente, previstas nas clausulas do contracto; e si o fizer, commetterá uma violação das obrigações contractuaes, e pela qual terá de responder, como qualquer individuo, segundo ás regras do direito commum.

Toda vez, porém, que no contracto haja clausulas expressas, reconhecendo ao Governo o uso ou o exercicio de taes e taes faculdades, mesmo de *manifesta desigualdade* relativamente ao outro contractante, é, sem duvida, direito do Governo resolver e agir de accordo com as mesmas, independentemente de qualquer intervenção extranha.

Por exemplo (já o dissemos em outro lugar) é de regra, estipular nos contractos com o Governo a clausula expressa, de que o mesmo poderá *resilir* ou declarar *caduco* o contracto na hypothese de o outro contractante incidir em determinadas faltas, tambem especificadas no instrumento do contracto. Trata-se , como se vê, da figura de direito,

que os autores denominam "*condição resolutoria expressa*", cujo efeito é extinguir o proprio vinculo contractual, como si jamais houvera existido.¹⁶⁷

"A clausula ou condição *resolutiva*, diz Laurent, é aquella que, quando se realiza, opera a resolução da obrigação." (*Droit Civ. Français*, vol. XVII, p. 128; *Codice Civ. Italiano*, art. 1158; *Code Napoléon*, art. 1183; *Cod. Civ. Argentino*, art, 1100).

"Diz-se *condição resolutoria* aquella, cujo acontecimento resolve ou extingue o direito adquirido ou a obrigação contrahida." (Loureiro, *Inst. do Dir. Civ. Br.* t. I, § 650; T. de Freitas, *Consol. das leis civis*, nota 4^a ao art. 512, da 3^a edição).

"Ella pode ser EXPRESSA em quaesquer contractos, porque ás partes é licito estipular o que não for contrario ás leis; mas, quando a mesma não vem *expressa*, é sempre subentendida nos contractos synallagmaticos para o caso, em que um dos contractantes deixe de satisfazer a sua obrigação." (Laurent, loc. cit., pag. 136; *Codice Civ. Italiano*, art. 1165; *Code Napoléon*, cit. art. 1184, etc.)

Muito importa não confundir a *condição resolutoria expressa* com a *tacita* ou *subentendida*, quanto aos respectivos efeitos. A primeira, quando existe, opera de pleno direito; a segunda não, sendo necessario pedir a resolução do contracto á autoridade judiciaria:

"Lorsque la condition résolutoire consiste dans un événement futur et incertain, la résolution est opérée de plein droit dn moment où l'événement est arrivé, sans qu'il soit nécessaire de la faire prononcer par le juge" (Rogron, *Code Civile Expliqué*, ao art. 1183).—La condition résolutoire, dont nous nous occupons, s'appelle "*expresse*",

¹⁶⁷ O Proj. do Cod. Civil Brasileiro (ora no Senado) contém: " Se depender de condição resolutoria, enquanto esta se não realizar, a efficacia do acto juridico se manterá e o direito, que este estabelecer, poderá ser desde logo exercido; mas, verificada a condição, extingue-se o direito para o fim de voltar ao seu antigo estado. Paragrapho unico. A condição resolutoria da obrigação pode ser expressa ou tacita; operando de *pleno direito* no primeiro caso, e, por interpellação judicial no segundo " (art. 124 do Proj. citado).

parce qu'elle est stipulée par les parties contractantes. Ce qui la caractérise et la distingue de la condition résolutoire tacite...c'est qu'elle opere de plein droit. (Laurent, *Droit Civil Franc.*, p. 129).¹⁶⁸

Entende Van Wetter, que o efeito da condição resolutiva resulta da própria vontade das partes, as quaes quizeram que, realizada certa condição, o contracto se tornasse nenhum (*annéanti*), que fosse reputado *lettra morta*, *ut res inempta esset*, na expressão energica dos jurisconsultos romanos; sendo tal a força da resolução ou da condição resolutiva, segundo esse direito, que não só fazia reverter ao *tradens* a

¹⁶⁸ Na condição resolutoria fica o contracto, desde logo, em execução com todas as suas consequências, como si a obrigação fosse pura... Verificada, porém, a condição, o contracto "resolve-se", como diziam as leis romanas, ou se desfaz, como diz o Código, e as cousas voltam ao estado em que se achavam antes de se celebrar o contracto; é como se o contracto não houvera existido (J. Dias Ferreira, *Código Civil Port. Annot.*, art. 680).

— Il y a deux sortes de conditions résolutoires; celles qui opèrent de plein droit la résolution envisagée, et celles qui n'opèrent cette résolution que par sentence du juge... Quand la condition résolutoire exprime s'accormlit, elle opere de plein droit, sans qu'il soit besoin de recourir à la justice.—Theophile Huc, *Comm. Theorique et Pratique du Code Civil*, t. VII, pag. 351.

— La condizione resolutive verificata estingue TOSTO ED IPSO JURE il contratto, insieme con le obbligazioni che ne derivavano. Giorgio Giorgi, *Teoria delle Obbligazioni*, vol. IV, pag. 425.1

Este ultimo autor, depois de analysar as diversas modalidades da materia e de provar que no direito romano só fora conhecida a condição resolutoria expressa (*lex commissoria*) e não também a tacita, como querem outros, accentuara juntam ente, que esta segunda condição differe da primeira em quatro cousas: 1ª) la risoluzione del contratto non avviene IPSO JURE, ma per dichiarazione dei giudice; 2ª) la parte, verso cui non è stato e seguito il contratto, ha la scelta di pretendere l'adempimento o di chiedere la risoluzione coi danni e interessi; 3ª) la risoluzione deve essere domandata ai tribunale; 4ª) il tribunale, oltre a refutarla assolutamente, può concedere al convenuto inadempiente un termine per eseguire il contratto. A' differenza della condizione resolutive vera e propria, il patto sottinteso... non opera mai DI DIRITTO, nè rimette IPSO FACTO le cose nello stato antecedente al contratto...—Ob. cit. p. 213.

— En disant que la condition résolutoire stipulée dans un contract opere la révocation de l'obligation, le Cod. Civ. indique qu'il y a, au moment de l'accomplissement de cette condition, un droit acquis en faveur du stipulant sans qu'il soit besoin de recourir aux tribunaux (C. App. de Bruxelles 11 fev. 1820, 5 juillet 1826; C. App. de Liège 5 setember 1825; C. App. de Gand 4 juin 1833; ap. Gérard, *Code Civil expliqué par la Jurisprudence*, art. 1184).

— Si la condition résolutoire se réalise, le contrat principal est résolu avec effet rétroactif; il est censé n'avoir jamais été conclu: les parties doivent être rétablies dans l'état lequél elles se seraient trouvées, si elles n'avaient pas contracté. (*De lege commissoria*, D. 18, 3,1, 5; apud P. Van Wetter, *Les Obligations en droit romain*, t. II, p. 202).

propriedade da coisa *pleno jure*, mas ainda se considerava, como si ella não houvesse jamais sahido do seu dominio (loc. cit. p. 309).

De certo, si a condição resolutiva *expressa* opera *ipso jure*, é porque ella, sendo a vontade dos contractantes, deve, por isso mesmo, obrigar - os; ao passo que, na condição resolutiva *tacita* ou *subentendida*, a coisa é differente. Desde que no contracto não vêm expressa semelhante vontade, seria contra os principios de boa razão e justiça, que uma das partes se arrogasse o arbitrio, não só para pronunciar sobre o facto constitutivo da *resolução* do contracto, mas ainda para decidir,— sobre a procedencia das suas razões, sobre o momento preciso da resolução, e sobre os effeitos desta decorrentes.

— Occupando-se ainda deste ponto em particular, dissera Laurent:

“Qu’elle est la raison de la différence? Le motif pour lequel la condition résolutoire expresse opere de plein droit ne reçoit pas d’application á la condition résolutoire tacite. Si la condition résolutoire stipulée par les parties opere de plein droit, “cest que telle est leur volonté,” et leur volonté tient lieu de loi. La condition résolutoire tacite est sous - entendue par le législateur, elle se fonde sur des considerations d’équité, plutôt que sur des motifs de droit; or l’équité qui la justifie ri est pas une cause absolue de révocation, ce sont les circonstances que justifient la résolution; mais ces circonstances peuvent être telles, que la résolution ne doive pas être prononcée...Voilà pour quoi le juge doit intervenir pour apprécier les faits.” (Droit Civ. Franc., t. cit. p. 146).¹⁶⁹

93 f. — No entanto, a despeito da firמידão inconcussa do principio, “que os contractantes podem ajuntar aos seus contractos as condições ou clausulas que bem lhes pareçam, e estas clausulas ou

¹⁶⁹ Com relação á doutrina e jurisprudencia que vimos de affirmar, se pode ainda ver: *Giorgi*, Ob. cit., p. 218 e *notas* ibi.; *Larombière*, Theorie et Pratique des Obligations, t. III, p. 37 e 38; *Dalloz*, Diction. de Jurisprudence, verbo—*Condition*, § 7º; *Lawrent*, Loc. cit., p. 157 a 159; *Toulier*, Theorie du Code Napoléon, t. VI, p. 554; *Delvincourt*, Cours do droit civil, t. II, p. 133 e 487; *Gallavresi*, La Condizione Risolutiva sottintesa, p. 38; *Cattaneo*, Codice Civile Italiano, t. III, p. 858-9; *L. Borsari*, Comm. del Codice Civile Italiano, vol.III, p. 395.

condições formarão parte integrante dos mesmos contractos” (Cod. Civ. Port. art. 672), isto é, que toda clausula contractual, não sendo proliibida em direito, constitue lei entre as partes contractantes, “*pacta vestra leges vestrae*”; é facto, que os tribunaes do paiz tem entendido de modo diverso, recusando ao Governo o direito de declarar a caducidade ou rescisão dos contractos, em que é parte, declarando - o, pelo contrario, obrigado a recorrer á autoridade judiciaria em toda e qualquer hypothese de rescisão.¹⁷⁰ Pretende-se que, usando de semelhante faculdade, o Governo, alem de fazer de juiz e parte ao mesmo tempo, exercitaria um acto de jurisdição contenciosa administrativa, cousa, que não existe mais em nossa legislação...

Esta razão de decidir nos parece manifestamente inadmissivel. Porquanto o Governo, expedindo o acto que declara rescindido o contracto, *ex-vi* de clausula nelle expressa com esta força e effeito, nada mais faz, do que agir, como parte no contracto, do mesmo modo, que poderia *fazer o outro contractante*, si a declaração da rescisão ou caducidade estivesse estipulada em seu proveito.

O Estado, muito embora sujeito às disposições do direito civil nas suas relações contractuaes, não fica, por este facto, privado de exercer faculdades, que os proprios particulares podem ter ou exercitar entre si sob a sancção do referido direito.

Não só isto: fallando em geral, a entidade - Estado, mesmo nas relações contractuaes, não se póde despir *totalmente* da sua qualidade de poder publico, como acima se disse, e muito menos seria admissivel a idéa de consideal-o *incapaz* de fazer effectivo o proprio

¹⁷⁰ Alem das decisões, que já foram citadas, é de ver: Acc, do Sup. T. Federal, n. 666 de 30 novembro 1901, que confirmou uma sentença, pela qual se negara ao Governo de um Estado o direito de declarar caduco o contracto, em que era parte, não obstante haver nelle clausula expressa, que assim o autorizava nas circumstancias previstas.

direito, expresso nas clausulas do contracto, aliás em casos, nos quaes o proprio individuo particular poderia fazei - o contra o Estado!...¹⁷¹

E' livre, inteiramente livre, ao outro contractante acceitar, ou não, a concessão ou contracto, em que haja a condição ou clausula *resolutiva* em favor do Estado; mas, uma vez estipulada e acceita de modo expresso, ella torna-se lei, á cujas consequencias o mesmo contractante fica necessariamente obrigado.

Assim como o concessionário ou contractante pode invocar as demais clausulas do contracto ou concessão para exigir do Estado a efectividade de todos os direitos e vantagens, que se acham consignadas em seu favor; assim tambem, fica elle sujeito á sancção ou penas, igualmente estipuladas, dando-se porventura a infracção das obrigações, que livremente contrahira.

— O predominio da theoria do *individuo contra o Estado* não é menos prejudicial, do que o da theoria do *Estado onnipotente*: si desta pode resultar a absorpção dos direitos individuaes; por aquella ficarão impossibilitadas as garantias reaes da ordem e do bem publico. — *In medio consistit virtus*.

E exprimindo-nos desta sorte, nutrimos a convicção de defender os interesses da justiça, do mesmo modo e com igual convicção, com a qual em outras partes deste trabalho procurámos sustental-os, affirmando o principio da responsabilidade civil do Estado na lesão dos direitos individuaes por actos dos seus representantes.

— Agora, para melhor completar as nossas considerações sobre a materia da *intervenção judiciaria*, não devemos encerrar o presente capitulo, sem fazer tambem ligeira referencia aos *remedios*

¹⁷¹ Vide: Hic, p. 570 sg.

processuais, a que o individuo poderá recorrer contra os actos lesivos da Administração Publica.

§ 4º FORMAS DA INTERVENÇÃO JUDICIARIA

94. — ACÇÕES ADMITTIDAS EM DIREITO. Quando um individuo, lesado nos seus direitos individuaes por acto ou facto de um funcionario publico, não preferir levar a sua reclamação ou pedido de reparação perante a propria autoridade administrativa competente, ou quando se não conformar com a decisão da mesma a esse respeito, poderá propor livremente a sua acção judicial contra o funcionario, contra o Estado, ou contra um e outro juntamente, do mesmo modo, que si a lesão lhe fosse feita por um outro individuo particular. Tal é felizmente a lei do paiz.

Si o objecto do litigio fôr somente a reclamação por perdas e danos, a *acção competente* é a *ordinaria*, a qual, como sabe-se, é o meio processual consagrado para todos os casos, em que a lei não haja assignalado uma acção especial (Dec. n. 737 de 1850, art. 65; Dec. n. 848 de 11 out. 1890, art. 117). Si o lesado, porém, tiver em vista conseguir, antes de tudo, a anulação do acto lesivo, a acção competente é a do processo especial, estabelecido e regulado no art. 13 da lei n. 221 de 20 de novembro de 1894. Mas, quer numa, quer noutra das hypotheses, o juiz ou tribunal terá indiscutivel competencia, não só, para conhecer e julgar da validade da lei, regulamento, ou outro acto administrativo, de que provenha a lesão do direito individual, como tambem, para assegurar o mesmo direito, conforme á razão e a justiça da causa.

— Quanto á acção especial da lei n. 221 importa observar: nella se declara que a acção poderá ser desprezada *in limine*, si houver decorrido um anno da data da intimação ou publicação da medida que for objecto do pleito (art. 13, § 5º); mas, desta disposição não resulta por forma alguma, que, decorrido esse prazo, o direito do individuo lesado fica

ipso facto prescripto. Certo, que não. O que a parte interessada perde, na hypothese, é apenas a faculdade de usar da acção summaria estabelecida na referida lei; quanto, porém, ao seu direito, objecto do pleito, este subsiste do mesmo modo; podendo, portanto, ser allegado e assegurado em juizo por meio de acção ordinaria. Neste sentido já se acha, com effeito, firmada a jurisprudencia por decisões diversas do Supremo Tribunal Federal.¹⁷²

— Talvez convenha tambem dizer, que, na falta de disposição particular de lei em contrario, a prescrição do direito do individuo, lesado por um acto administrativo, é a trintenaria do direito commum.¹⁷³

— Outra questão que se tem levantado a proposito da acção creada pela lei n. 221 é a de saber, si se póde cumular o pedido da annullação do acto, objecto fundamental da acção referida, com o de indemnisação por perdas e danos. Sem duvida, diremos da nossa parte. A indemnisação é uma simples sequencia logica da annullação do acto administrativo, que lesara o direito individual. Nem d'outro modo se daria inteiro cumprimento ao disposto no art. 13 § 9º da lei, onde se declara expressamente, que o fim da sua annullação pela autoridade judiciaria é o de *assegurar* o direito do autor. Como *assegurar* um direito, que foi lesado, senão, dando-se a devida reparação ao seu titular? Por isso mesmo, que não compete á autoridade judiciaria o direito de obrigar o poder executivo a fazer dado acto que lhe seja privativo, como por exemplo, o de *renomear* ou *reintegrar* o fuuccionario demittido,—é indispensavel garantirão individuo a effectividade de uma indemnisação, que corresponda â lesão soffrida com os effeitos do acto arguido, e agora annullado por meio da acção proposta. E' isso de evidente justiça.

¹⁷² O S. T. F. assim tem decidido, alem de outros, nos seguintes Accordãos: — de 3 e 20 outubro, 10 novembro 1900; 23 abril, 19 junho, 18 setembro e 27 novembro 1901; 14 maio, 21 junho e 16 agosto 1902; 30 maio, 1 agosto, 5 setembro e 13 novembro 1903; 5 outubro 1904, etc.

¹⁷³ Vide alem de outros: S. T. F. 30 maio 1903, e 5 outubro 1904, etc.

94 a. — INTERDICTOS POSSESSORIOS. Surge, entretanto, uma questão importantíssima: a de saber, si ao lesado por acto da administração publica cabe o direito de requerer *remedio judicial* de natureza preventiva, para obstar desde logo o proprio acto ou os seus efeitos immediatos? Ou em termos mais breves, si são admissiveis os *interdictos possessorios* ou *prohibitorios* contra os actos administrativos...

E' exclusivamente deste ponto, que ora vamos tratar nesta parte final do nosso trabalho.

— A jurisprudencia, geralmente seguida no paiz, se podia dizer, *quasi sem excepção apreciavel*, fora sempre a de que o interdicto do direito civil, communmente conhecido debaixo do titulo de "mandado de manutenção"; só podia ter logar para o fim de proteger *um direito real*, cuja posse se achasse, porventura, perturbada ou ameaçada de esbulho. Esta jurisprudencia assentava, antes de tudo, em texto expresso de lei (Ord. liv. II, tit. 78, 5), que resa:

"Se algum se temer de outro, que o queira offender na pessoa, ou lhe queira sem razão occupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao juiz que segure a elle as suas cousas do outro que o quizer offender, a qual segurança lhe o juiz dará; e se depois della elle receber ofensa daquelle, de que foi seguro, restituil - o - ha o juiz e tornará tudo o que foi commettido e attentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrantou e menosprezou seu mandado, como achar por direito".

Na applicação deste texto, os juizes e tribunaes só se consideravam competentes para conceder o interdicto possessorio, em vista da necessidade de garantir a *posse* de cousas corporeas ou a *quasi posse* de direitos reaes, e não, em favor de outros direitos ou interesses differentes.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Cf. Ord. liv. III, tit. 48, princ.—Não se ignora que juizes houve, mesmo no tempo do Imperio, que nao duvidaram applicar o *remedio possessorio* á protecção de direitos pessoas; mas o procedimento *isolado* de um ou outro juiz neste sentido não foi jamais

Mas, uma vez ampliada a competencia do judiciário na Republica, para conhecer e julgar da validade das proprias leis e dos actos administrativos, nos casos de lesão de direitos individuaes, se procurou fazer valer a pretensão de que nessa competencia geral do judiciario se devia considerar incluída a faculdade particular de expedir *interdictos prohibitorios* contra os actos da Administração, desde que delles resultasse ameaça de lesão ao alheio direito, qualquer que este fosse.

Neste sentido já são, com efeito, relativamente numerosos os casos, em que as partes interessadas tem impetrado, quer ás justiças estadoaes, quer ás justiças federaes, o *remedio extraordinario* da manutenção em favor dos seus direitos, muito embora não concernentes â posse ou â quasi posse de cousas corporeas.

E ainda que taes pedidos tem sido muitas vezes desattendidos, em todo caso, como exemplos da concessão de *interdictos prohibitorios* contra os actos da Administração, se podem citar, além de outros, os seguintes:

— Despacho do juizo seccional do Districto Federal de 6 de junho de 1896 contra a execução do decreto do Poder Executivo n. 2291 de 28 de maio do mesmo anno, expedido em favor da Companhia *Docas de Santos*, que se considerou offendida nos seus direitos de *concessionaria*, relativamente ao serviço de descarga no porto de Santos e encaminhamento das mercadorias para a Alfandega de S. Paulo, e ao pagamento das respectivas taxas de capatazias e armazenagens, pertencentes á sobredita Companhia.¹⁷⁵

recebido, como argumento procedente contra a jurisprudencia geral e constante sobre a materia.

¹⁷⁵ O dec. n. 2291 foi mais tarde revogado pelo dec. n. 2960 de 28 de julho de 1898; de modo que o S. T. P. não chegou a pronunciar-se-sobre o caso em grão de recurso de appellação, alias já interposta.

— Despacho do mesmo juízo de 27 de julho de 1896, mandando manter na posse de suas cadeiras e funções a 16 lentes da Escola Polytechnica da Capital Federal, que haviam sido suspensos disciplinarmente por três meses, em virtude de decreto do Presidente da Republica de 15 do referido mez.

O Governo não consentiu no cumprimento do mandado judicial, por considerá-lo - o atentatório da harmonia e independencia dos poderes constitucionaes (art. 15 da Constituição), dizendo a respeito:

“Seria admitir, no caso vertente, a eliminação completa, a supressão absoluta do acto do Poder Executivo, por effeito de um simples mandado judicial, tratando-se, como se trata, do exercido de attribuições da privativa competencia daquelle Poder, classificadas entre os actos proprios do poder governamental, praticados no interesse do Estado, da ordem, e da utilidade publica, e que derivam *ex jure imperii*”.¹⁷⁶

Por sua vez o Procurador da Republica na secção do Districto Federal excepcionara o juiz de incompetente para a expedição do mandado prohibitorio.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Av. do Ministerio do Interior e Justiça de 30 de julho de 1896.

¹⁷⁷ O decreto da suspensão fora do teor seguinte: “ O Presidente da Republica: Considerando que os lentes da Escola Polytechnica adiante mencionados, em documento assignado e publicado pela imprensa, e foi confessado em officio dirigido ao director da mesma escola, declararam que, achando-se promptos para os demais trabalhos escolares, resolviam todavia não comparecer ás aulas enquanto pelo referido director não fosse apurada a verdade no inquerito determinado e solicitado pela congregação em officio de 18 de maio ultimo; e que, outrossim, o corpo docente reputaria sem fundamento as accusações do que fora alvo, voltando ao exercicio de suas funções lectivas, si no prazo de 15 dias o director não tivesse dado cumprimento á comissão de que o Governo o incumbira;—Considerando que a declaração e notificação acima descriptas e confirmadas pela ausencia dos ditos lentes importam uma inversão da hierarchia administrativa e, além de oppôr embaraço ao funcionamento regular da escola, constituem uma infracção proposital ás disposições regulamentares, pela interrupção das aulas, que não podem ser suspensas por acto de membros da congregação reunidos anarchicamente e fora dos termos previstos no codigo de ensino;— Considerando que nestas condições os mesmos lentes são passíveis das penas estatuidas no art. 57 do codigo citado, por terem faltado ao cumprimento de seus deveres nos termos do art. 52, e que pela anormalidade das circumstancias compete ao Governo tomar conhecimento directo do facto, independente da audiencia da congregação, visto constituirem os lentes signatarios das declarações indicadas a maioria

da mesma congregação:—Resolve suspender, por tres mezes com privação dos vencimentos, aos lentes da Escola Polytechnica do Rio de Janeiro...”

— Os fundamentos da excepção apresentada pelo Procurador da Republica, órgão do Governo, foram os seguintes:

1º Que os exceptos foram suspensos por tres mezes, com privação de vencimentos, dos cargos de lentes da Escola Polytechnica desta Capital, por acto expedido pelo Governo da União em 15 de julho proximo findo e publicado a 16 do mesmo mez no *Diario Official*...

2º Que os motivos que obrigaram o Governo a tomar essa medida da urgente disciplina e ordem publica, constam dos *considerandos* que acompanharam o mesmo acto e aqui se dão em substancia:

a) Terem os exceptos em documento que assignaram e publicaram pela imprensa, e cuja autoria confessaram em officio dirigido ao Director daquella Escola, declarado suspender o exercicio de suas funções pelo prazo de 15 dias, findo o qual reassumiriam esse exercicio, si o alludido director não houvesse dado cumprimento á commissão de inquerito de que o Governo o incumbira, caso em que — comminaram — reputariam, outrosim, sem fundamento as accusações de que haviam sido alvo;

b) Importar semelhante procedimento, acompanhado da ausencia dos exceptos, em uma inversão da hierarchia administrativa, oppôr embaraços ao funcionamento regular da Escola e constituir, portanto, uma infracção proposital das disposições regulamentares, pela interrupção das aulas, que não podiam ser suspensas por acto dos membros da Congregaçāo, reunidos anarchicamente fora dos termos previstos no Codigo do ensino.

3º Que a occurrencia desses gravissimos factos justificou amplamente a medida do Governo, applicando aos exceptos as penas estatuidas no art. 57 do Codigo citado, por isso que, sem duvida alguma, faltaram de modo mais flagrante e estranho ao cumprimento de seus deveres, nos termos do art. 52 do mesmo Codigo.

4º Que a censura que os interessados fazem ao acto governativo por não ter sido precedido de audiencia da Congregaçāo, é inconsistente e ao ultimo ponto pueril, dada a anormalidade de circumstancias que requeriam as mais promptas providencias, e verificado o facto de constituirem os lentes, incursos naquellas penas, a maioria da mesma Congregaçāo.

5º Que entretanto os exceptos, sob o fundamento de que esse acto do Governo da União os *esbulhou do exercido legal dos seus cargos*, requereram e infelizmente obtiveram deste respeitavel juízo ura mandado de manutenção de posse do exercicio dos ditos cargos, isto é, do direito áquelle mesmo exercicio, de que se davam por esbulhados.

6º Que, como se vê, a manutenção requerida era contradictoria cora o facto allegado e real de que o acto governativo trouxe em si mesmo a perda, postoque temporaria, da posse em que os exceptos inconherentemente pediram para ser mantenidos.

7º Que, com effeito, essa perda consummou-se no dia em que o *Diario Official* publicou o acto da suspensão, por isso que desde logo tornaram-se effectivas as ditas penas nos termos do art. 5 do Dec. n. 572 de 12 de julho de 1890.

8º Que a predita publicação teve lugar em 16 de julho proximo passado, emquanto que a manutenção só foi requerida em 25 do mesmo mez.

9º Que nestas condições, o mandado prohibitorio não podia ser legalmente concedido, porquanto os decretos de tal natureza apenas se destinam a obstar perturbação imminente da posse e, no caso, como os proprios exceptos confessam, perdido o direito de exercido por cuja posse reclamavam, já o esbulho se havia realizado, si merecesse tal nome um acto legitimo de poder executivo, uma providencia de todo o ponto necessaria na situação anormal e deprimente creada pelos exceptos em prejuizo do ensino e do prestigio da autoridade, prestigio que é penhor do bem commum.

10. Que, se esbulho tivesse havido, o remedio proprio para reparal-o seria dentro de anno e dia, não o interdicto *retinendae* ou acção de manutenção, mas o interdicto *recuperandae* ou acção de *força nova expoliativa*. E' este exactamente o direito que a Lei n. 221 de 20 de novembro de 1894, art. 13, § 16, lettra b, declarou em vigor quanto as acções possessorias, porque é elle, e não outro, o estatuido pelas Ords. L. 3º T. 48, T. 78 § 3º e L. 4, T. 58, pr. e da lição uniforme de todos os praxistas (Ribas, *Acc. Poss.* cap. VII, pag. 288 o *Consol. das Leis do Proc. Civ.* 746 e seguintes; Corrêa Telles—*Doutr. das Acc.* §§ 185 e 189; Paula Baptista, *Theor. e Pract. do Proc.* § 31.)

11. Que ainda quando fosse cousa possivel e razoavel o mandado prohibitorio de um facto consummado, a manutenção da posse de que os proprios exceptos se declararam esbulhados, não seria comtudo tal procedimento suffragado pelos preceitos da nossa legislação nem pela doutrina dos tratadistas, que não admittem acções de posse quando esta não seja:

a) de cousa movei; b) de cousa immovel; c) de direitos reaes desmembrados de dominio (Ord. L. 2 T. 1º § 2º; Ribas, *Acç. Poss.*, cap. VI, pag. 261 e *Consol. cit.*, artº. 746 e 756; Paula Baptista, obr. cit., §§ 30 e 81).

12. Que o Supremo Tribunal Federal tem sentenciado uniformemente no mesmo sentido, como se vê dos accórdãos ns. 113 e 163, ambos publicados no *Diario Official* de 31 de julho ultimo, ambos com perfeitissima applicação á especie que se discute.

13. Que, no tocante ao direito estrangeiro, não é necessario recorrer a textos das differentes legislações dos povos cultos para o convencimento á sociedade, de que essencialmente não differe da lei patria no assumpto de que se trata; bastando transcrever as seguintes palavras do eminente jurista P.Cogliolo:—Evidentemente *solo i diritti reali* sono *capaci* di possesso. Il diritto canonico però e la pratica antica forence l'estendevano ai diritti episcopali; ai titoli nobiliari e ai diritti publici. La troppa estensione dei concetti finisce, col distruggerli; impropriamente si parla puré di proprietà di crediti, ma tutto il diritto ariano è invece impermiato sopra la norma che la proprietà si ha sola sulle cose corporali e su le universita di cose; il possesso può aversi solo sopra le cose o sopra gli iura in re aliena (*Filosofia dei Diritto Privato*, 2ª ed. pag. 203).

14. Que, assim destituido de todas as condições legaes do remedio prohibitorio, o mandato concedido tomou a feição de mero acto administrativo ou gracioso em materia excedente da jurisdicção e, portanto, fora da competencia deste respeitavel juizo, que certo não tem autoridade, diga-se com o devido respeito, para annullar directamente, na ausencia de processo regular, um decreto que o Presidente da Republica expediu no pleno exercicio das suas attribuições constitucionaes.

15. Que taes attribuições não são, é bem de ver, isentas de condição e, antes, têm a norma de seu exercicio traçada na Constituição e nas leis; mas da utilidade e necessidade dos actos em virtude dellas praticados, no momento em que estes se produzem, só é juiz o poder executivo, porque a elle é mais directamente confiada a gerencia dos negócios publicos e a defeza dos interesses sociaes.

16. Que si a suspensão merecida dos exceptos partiu, como é indubitavel, de autoridade competente, á esta, somente á esta, poderia ter sido requerida a não execução immediata do acto de 15 de julho proximo findo, uma vez proposta e admittida a acção prescripta no art. 13 da Lei n. 221 de 20 de novembro de 1894.

17. Que tomada a providencia indicada no § 7º do cit. art. 13, a autoridade administrativa, impetrada para suspender a execução da medida prejudicial, póde desattender o pedido, fundando-se em razões de ordem publica.

18. Que, em tal caso, a acção proposta e admittida, na forma daquelle artigo, prosegue nos seus termos ultteriores e, só afinal, verificada a illegalidade da resolução ou acto que se impugna, será este annullado para o fim de reparar o direito do autor (cit. art. § 9º).

19. Que a doutrina contraria a que estamos sustentando não encontra apoio na razão, no direito patrio, nem nas leis e nos costumes dos povos estrangeiros, ainda daquelles cujas instituições politicas mais se assemelham das nossas.

20. Que não tem uma tal doutrina o mínimo fundamento racional, por isso que seria dito de ingovernável o país onde cada cidadão, munido de um mandado proibitorio ou de manutenção dos direitos pessoais, obtido com uma simples petição, suspendesse e anullasse a acção dos poderes constituídos, a pretexto de lesão nos seus interesses, lesão que aliás podia vir a ser regularmente remediada.

21. Que também não é favorecida, por nenhuma disposição de direito positivo, nem tão pouco por qualquer preceito da Constituição Federal, que, antes, energicamente a repelle quando no art. 15 consagra a harmonia e a independencia dos diferentes poderes politicos; e assim perfeitamente o comprehende a jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, como se póde ver deste doutissimo *considerando* de um dos accordãos já citados, proferidos por unanimidade de votos: "...a expedição do mandado requerido pelos aggravantes com o intuito formal de impedir a execução das citadas disposições da Lei n. 359 de 1895 e do Regul. n. 2253 de 1896 importando de facto a suspensão destas, *constituiria um attentado contra a Harmonia e independencia dos poderes declarados pelo art. 15 da cit. Const., órgão da soberania nacional, subordinando ao Judiciario o Legislativo e o Executivo*".

22. Que é igualmente verdade não ser a doutrina aceita por este respeitável juízo, das leis e jurisprudencia estrangeiras, como se poderia provar com arestos de tribunaes e opiniões abalizadas de escriptores europeus, se não fosse preferível apontar aqui o que, em materia identica á da questão debatida, escreveu um publicista da grande Republica Americana:—"It may be proper to say here that the executive in the proper discharge of his duties under the constitution is independent of the courts as he is of the legislative" (Cooley, *Constitutional Limitations*, Cap. VII, p. 193).

23. Que o *writ of mandamus* de que tamanho cabedal se fez na petição dos exceptos, não tem a mais ligeira applicação ao caso occorrente, já por sua natureza, já pelo fim a que se destina.

24. Que é esse inapplicavel, por sua natureza á especie controversa, e isto conclue-se do que a respeito de tal recurso extraordinario da legislação americana disse o notavel publicista James High, nas palavras abaixo transcriptas, afirmando que—para todas as questões que exigem uma providencia official ou que ficam nos limites de um razoavel arbitrio concedido á pessoa a quem a lei confere um direito, o mandamus não existe, quer para coarctar o exercido daquelle arbitrio, quer para influir sobre a decisão que afinal será dada. " — *The rule is that in ali matters requiring the exercise of official judgment or resting in the sound discretion of the person to whom a duty is confided by law, MANDAMUS WILL NOT LIE either to control the exercise of that discretion or to determine upon the decision which shall be finally given*" (*A Treatise On Extraordinary Remedies. Embracing Mandamus, Quo-Warrants and Prohibitions*, 2ª ed. Chicago, 1884).

25. Que também, por seu objecto, não tem o *mandamus* applicação á hypothese destes autos, o que se verifica do facto de ser aquelle recurso somente destinado a supprir a lei, quando esta nenhum remedio estatue contra certas perturbações resultantes da *failure of justice and defect of police*; falta, porém, que não se dá entre nós, no caso de que nos occupamos, attenta a disposição terminante do art. 13 § 7 de lei n. 221 de 20 de novembro de 1894: " *The object of a mandamus is to preveni disorder from a failure of justice and defect of police, and should be granted in ali cases where the law establishes no especific rentedy and where in justice should be one.*" — (Rex v. Barker. Bur. 1.26; e Blackstone, Com. 110).

26. Que ainda quando tivesse entre nós existencia legal o *writ of mandamus* e fosse elle remedio proprio ao caso dos exceptos, o que formalmente contestamos, não foi de modo algum observado o processo por meio do qual é elle concedido pela legislação americana.

27. Que, com effeito, o *mandamus* é sempre expedido de maneira alternativa á autoridade (o que aliás não foi praticado pelos exceptos, nem supprido pelo juiz) que o deve responder, afirmando ou contestando a exposição do facto allegado pelo requerente e, só depois de processado e julgado e feito, é que se expede o mandamus com o

Entretanto, não coube ao Supremo Tribunal Federal a ocasião de se pronunciar sobre o merito de tão importante questão.

— Despacho do juizo dos feitos municipaes de 18 dezembro 1899 (Districto Federal), concedendo mandado de manutenção em favor de Carlos Custodio Nunes contra o acto do Prefeito, que o intimara á fechar um *matadouro*. O interdicto manutinha o requerente na posse do matadouro e no direito de matança, intimado o Prefeito Municipal para não mais turbal - o.

— Despachos expedidos no mesmo anno de 1899, pelo juizo referido, mandando manutinha as empresas de divertimento publico — *Frontão Lavradio e Sport Boliche Moderno*, contra o acto do Chefe de

caracter peremptorio: d'aqui as denominações—*alternative writ* e *peremptory writ*: o que tudo se colhe da seguinte lição:—*The peremptory writ of mandamus is the final or absolute mandate of the court, directing the performance of some official act or duty on the part of the* RESPONDENT UPON HIS FAILURE TO MAKE A SATISFACTORY RETURN TO THE ALTERNATIVE WRIT PREVIOUSLY GRANTED (obr. cit., pag. 422).

28. Que, portanto, o alludido mandado prohibitorio, ou de manutenção de posse de exercicio no emprego publico, é a todos os respeitos illegal.

29. Que o remedio contra o acto do Governo, reclamado pelos exceptos, não podia absolutamente ser concedido por este respeitavel Juizo, uma vez que, nos termos do art. 18 § 7º da Lei n. 221 citada, só ao mesmo Governo compete suspender a execução do acto ou medida que houver administrativamente expedido, como se vê dos termos do indicado paragrapho: "A requerimento do autor, a autoridade administrativa em questão suspenderá a sua execução *si a isso* não se oppuzerem razões de ordem publica."

30. Que competencia é materia stricti juris e que por nenhuma disposição de direito, expressa ou implicita, foi ella conferida a este respeitavel juizo, na hypothese de que se trata.

Nestes termos, ou nos melhores de direito, deve a presente excepção ser recebida e julgada provada, para o fim de se reconhecer este juizo incompetente no procedimento contra o exceptante intentado, pagas as custas pelos exceptos. Rio, 6 agosto 1896. *Esmeraldino Olympio de Torres Bandeira*, procurador seccional interino. — Não seria preciso dizer, que a transcripção, que vimos de fazer, obedece ao intuito de conservar a memoria de um caso de intervenção judiciaria, cujas razões e motivos servirão, sem duvida, para illustrar outros casos, porventura occorrentes da mesma especie. Infelizmente não se sabe, qual seria a ultima palavra da justiça no caso sujeito.— Porquanto, decorrido todo o periodo da suspensão dos lentes sem ter havido decisão judiciaria a respeito, e tendo elles reassumido o exercicio das suas cadeiras, a questão teve o seguinte epilogo: O Governo aposentara dous dos lentes alludidos, mandando, quanto aos demais, cancellar-lhes a nota, e retirar igualmente as penas impostas a alguns alumnos, implicados no incidente. Vide: Decs. de 15 novembro 1896.

Policia proibindo a venda de poules e limitando as horas de funcionamento das respectivas diversões.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Nas recentes leis do Congresso Federal n. 939 de 29 dezembro 1902 e n. 1101 de 19 novembro 1903 sobre a organização do Districto Federal se acha disposto: “Não podem as autoridades judiciais, quer federaes, quer locaes, modificar ou revogar medidas e actos administrativos, nem conceder interdictos possessorios contra actos do Governo Municipal exercidos *rationi imperii*”.

— O Dec. legislativo n. 1151 de 5 janeiro de 1904 contém disposição analoga em favor dos actos da autoridade sanitaria, aecrescentando, além da prohibição dos interdictos possessorios, a de não poder a autoridade judicial “modificar ou revogar os actos administrativos ou medidas de hygiene e salubridade por ella determinadas nesta qualidade” (Dec. cit., art. 1º § 20 e Dec. n. 5156 de 8 março 1904, art. 288).

— No entanto, o Dec. legislativo n. 1185 de 11 junho 1904 autorisa expressamente e regula a concessão de mandado de manutenção ou interdicto prohibitorio em materia de impostos interestadaes (art. 6º a 10).

— Não é preciso relembrar, quanto é incerto o alcance das disposições citadas, declarando o acto administrativo fora da jurisdicção judiciaria *ratione imperii*. Já se disse bastante a esse respeito em outros logares deste trabalho. Mas para ver-se, que o fundamento assignalado pelo legislador não tem, effectivamente, o valor pratico, que se pretende, bastará ajuntar, que, não obstante os termos imperativos das leis ns. 939 e 1151 em favor dos actos administrativos, tanto a justiça local, como a federal, já tiveram ensejo de intervir posteriormente; sendo, aliás, dos que se costuma qualificar de *verdadeiros actos de imperio*, os actos, contra os qaes fora solicitada a protecção da autoridade judiciaria. Eis aqui, como a Côte d'Appellação do Districto se exprimira sobre a materia em questão:

“ Accórdam em Camara Civil e Commercial da Côte de Appellação: — Que vistos era mesa, relatados e discutidos esses actos, em que é aggravante José Joaquim da Costa Simões e aggravada a Fazenda Municipal, dão provimento ao agravo tomado por termo a fl. 10 para o effeito de mandar como mandam que o Juiz *a quo*, reformando o despacho aggravado, proferido na petição de fl. 2, defira o pedido nella exarado; porquanto, referindo-se o art. 16 da lei n. 939 de 1902 aos actos do Governo Municipal exercidos — *ratione imperii*, isto é, no exercicio das fmicções do Governo Municipal dentro dos limites de suas privativas attribuições; claro fica que se no exercicio dessas funcções elle ultrapassar aquelles limites, porque de seus actos decorrem, não preterições de simples interesses particulares em conflicto com interesses collectivos municipaes, mas sim violação de direitos individuaes cuja tutella incumbe ao Poder Judiciario, não póde deixar de ser licito a intervenção deste poder, em garantia daquelles direitos, pelos meios legaes, inclusive a concessão de interdictos possessorios contra actos do Governo Municipal que perdem o character de actos exercidos *ratione imperii*, isto é, actos de sua exclusiva competencia na esphera administrativa, dos quaes cogitou o citado art. 16, da lei n. 939 de 1902. Ora, o documento de fl. 6, sentença absolutoria da Junta das Contravenções Municipaes, evidencia e garante o direito que tem o aggravante de construir sem licença no bairro da Copacabana durante o prazo estabelecido nas respectivas posturas municipaes, e a consequencia não póde ser outra senão que o aggravante deve ser mantenido no uso e goso do prédio de sua propriedade, situado no alludido bairro ao qual se refere a mencionada petição de fi. 2, continuando a fazer as obras projectadas, sem a formalidade da licença que foi dispensada pelas leis municipaes em vigor e citadas na mencionada sentença absolutoria da Junta de Contravenções do fl. 6. E assim decidem: porque se a manutenção é o remédio que a lei estabeleceu como correctivo a qualquer turbação, ella tanto deve affectar o direito do possuidor quando a posse é exercida em cousa corporea, como em cousa incorporea: tanto quando offende o *jus possidendi*, como quando offende ao *jus*

— Despachos do juízo seccional do Districto Federal de 5 outubro e 28 dezembro de 1901, e de 2 janeiro e 1 fevereiro de 1902, concedendo mandados de manutenção (separadamente) a Luiz C. d'Albuquerque e ao Barão de Mesquita, para introduzir e vender carnes verdes nos mercados do mesmo Districto contra as ordens do Prefeito Municipal, o qual a isto se oppunha, além de outras razões, pelo facto de o commercio de carnes verdes no Districto pertencer, por contracto assignado em virtude de lei, a determinado concessionario.¹⁷⁹

— Despacho do juiz substituto do Municipio do Anajás no Estado do Pará (de 1899), concedendo manutenção a um Intendente Municipal, cuja eleição fora declarada nulla pelo Congresso Estadual nos termos da lei, que, para isso, dava competencia ao mesmo Congresso. O acto do juiz substituto foi confirmado depois por sentença do juiz de direito da Comarca.¹⁸⁰

possessionis; doutrina essa que não pode deixar de ser admittida em vista do que ensina Coelho da Rocha, art. 80 da sua obra Instituições do Direito Civil Portuguez. Por isso se o aggravante foi turbado na posse de um direito legitimo, ao qual aliás está annexa a posse do objecto necessario ao seu exercicio, tem direito ao remedio da manutenção, que não lhe deve ser negado pela justiça para quem recorreu: pagas as oustas pela aggravada. Rio de Janeiro, 10 de Agosto de 1903.— *Rodrigues, P.* — *Guilherme Cintra*, relator ad hoc. — *T. Bastos*, — Salvador Moniz. — *Lima Drummond*, vencido por julgar improcedente, em face do nosso Direito, o “fundamento” constante de fl. 17. Foi voto vencedor o do Sr. Desembargador Souza Pitanga. — *Guilherme Cintra*, relator ad hoc.— Vide mais: hic, p. 616, nota 189.

¹⁷⁹ O S. T. F. não teve occasião de conhecer e dizer do merito de taes mandados de manutenção; mas, em decisão do agravo n. 481 de 23 novembro 1901 foi o Juízo do Districto Federal declarado competente para despachar no feito.

¹⁸⁰ Esse processo subiu ao Sup. Trib. Federal no Rec. Extr. n. 192 de 1899; mas o Tribunal limitou-se a declarar, que não era caso do recurso interposto.

— Por sentença de 20 outubro 1900, o Juiz de Direito da Comarca de Nova Friburgo no Estado do Rio de Janeiro mandara manter a Camara Municipal daquela cidade no exercicio da sua attribuição constitucional de arrecadar os impostos de industria e profissão e a decima urbana, contra o acto do Poder Executivo do Estado, ordenando que a arrecadação de taes impostos fosse feita pela Collectoria estadual, afim de pagar-se da divida do Municipio ao Thesouro do Estado. O Tribunal da Relação do Estado, em recurso de appellação, nada disse do merito da questão, limitando-se a declarar o feito nullo, por incompetencia do juiz (Acc. 18 junho 1901).

— Do mesmo modo, tendo a Camara Municipal da mesma cidade recusado dar posse a um vereador eleito, a pretexto de ser elle devedor á fazenda municipal, o interessado reclamou contra o acto ao Juiz de Direito da Comarca; e este intervindo, depois de considerar as disposições da lei e as circurastancias do facto,—declarou o acto

— Despachos diversos do juiz de direito dos feitos da fazenda da Capital do Estado da Bahia (de 1900), concedendo interdictos prohibitorios contra a Fazenda Estadoal, por motivo de impostos considerados inconstitucionaes, em favor de Narciso de O. Maia, Eduardo R. da Cruz, Stromer e Thomsen, Ernesto de Andrade & C, Viuva Bellens Costa e Baccalari, e T. A. Hasselmann & C.

— Despacho de juizo do civil da mesma Capital (de 1900), concedendo mandado de manutenção ao professor publico Cincinato França contra o acto de sua remoção, ordenada pelo Governo estadoal.

— Despacho do juizo dos feitos da Fazenda dita (de 1902), concedendo igualmente mandado de manutenção em favor de Carlos Clemente Gomes, contra o acto de sua demissão, que allegava ter sido illegal.

— Despacho do juizo seccional do Districto Federal (1ª vara) de 19 julho 1904 em favor de Ignacia Gomes contra o acto da Directoria das Obras Publicas, que mandara cortar uma penna d'agua existente em predio da propriedade da impetrante.

— Despacho do mesmo juizo de 13 agosto 1904 em favor de José Nunes S. Filho contra o acto do Prefeito Municipal, ordenando a demolição de um predio, sob o fundamento de que o mesmo ameaçava ruina.¹⁸¹

94 b. — Invocando: ora os principios do direito canonico que admittira a protecção da posse para todos direitos, patrimoniaes ou não, e

da Camará insubsistente por illegal, mandando era consequencia, que a Camará empossasse o vereador reclamante no exercido das respectivas funcções (*Sentença* de 11 junho 1904, confirmada em recurso de appellação pelo Tribunal Superior).

¹⁸¹ Vide: Hic. p. 599, nota 178 e p. 616, nota 189.

até para direitos relativos a simples cargos honoríficos; ora os pareceres dos velhos praxistas portugueses¹⁸² que ensinam ou attestam o uso dos interdictos possessorios sobre direitos á cousas incorporeas; ora finalmente, as opiniões de escriptores modernos de reconhecida autoridade¹⁸³ que afirmam a semrazão do predomínio da doutrina restrictiva, tirada do direito romano sobre a especie; se tem sustentado que, segundo a sua verdadeira intelligencia, a protecção geral da posse estabelecida pela Ord. liv. 3, tit. 78, § 5º estende igualmente o seu amparo, tanto á apropriação da materia, como á do direito, e, no exercicio do direito, assim aos pessoaes como aos reaes, assim aos individuaes como aos collectivos, assim aos publicos como aos simplesmente civis. Esse immenso progresso, entende Ruy Barbosa, realisara o direito portuguez, o nosso direito patrio (porque nem as leis, nem a praxe brasileira o modificaram depois...) sobre o direito romano, que circamscrevera os interdictos á defeza das cousas corporeas e dos direitos vinculados ao solo...¹⁸⁴

Como qualificar pois, diz o citado jurisconsulto, o phenomeno singular da retrocessão dos juristas brasileiros ao romanismo justiniano sem um facto legislativo, ou uma modificação na corrente da jurisprudencia, que explique o capricho desse archaismo antiscientifico e illiberal? Como comprehender, a não ser por um completo eclipse da critica, essa tenacidade na fé savignyana, inconciliavel com a evolução do nosso direito e a realidade da vida da nossa praxe ?

¹⁸² Taes como: Guerreiro, Pegas, Strychio, Cabedo, Reynoso, e Velasco entre os mais antigos, e Almeida e Souza, Corrêa Telles entre os mais modernos e outros.—Apud Ruy Barbosa, *Posse de direitos pessoaes*,—Rio Janeiro 1900.

¹⁸³ Taes como: B. Ihering, *Fondement des Interdita possessoires*;—De Olivart, *La Possession*;—Sanchez Boman, *Estudios de derecho civil*;—De Fillippis, *Corso completo de diritto civ. ital. comparato*;—Chironi, *Inst. di diritto civile italiano*;—Brums, *Das Recht des Besitzes*. etc.—Apud Buy Barbosa, ob. cit.

¹⁸⁴ Ruy Barbosa, ob. cit., p. 21. Este autor cita, com effeito, alguns poucos julgados da velha praxe portugueza, concedendo a manutenção em favor de direitos pessoaes.

“Desmentida pela tradição da nossa jurisprudencia, a novidade dessa theoria no direito patrio não se sustenta melhor ante a philosophia da sua propria defesa. Expondo o motivo logico da noção romana, que exclue da posse os direitos incorporeos, attribue Savigny essa particularidade á circumstancia de que a respeito dessa especie de posse não se póde verificar a intrusão turbativa, que justifica a protecção possessoria (*Traité de la Possession*, §§ 12 e 49). Semelhante restricção, porém, está intimamente ligada á theoria falsa, alluida pela impugnação irresistivel de Ihering, que assenta a origem da posse na acção directa do agente sobre o objecto material. Si ha uma noção hoje firmada neste assumpto, é a de que a posse “não reside no poder physico sobre a cousa, mas no exercicio, na exterioridade do direito”. E é no tocante á posse dos direitos que essa verdade “se manifesta com uma clareza impossivel de se obscurecer...” Ora, não se póde negar que os direitos incorporeos se realisam exteriormente, exercendo-se .

“ Não se lhes póde negar, pois, a condição essencial da posse e da sua segurança civil: o exercicio exterior, a possibilidade de acção e a visibilidade della.”¹⁸⁵

— Argumenta-se igualmente com as proprias palavras da Ord. liv. 3º, tit. 78: “Se alguém se temer de outro que o queira offender na pessoa, ou lhe queira *sem razão occupar e tomar suas cousas*, etc”, dizendo-se a esse respeito:

“Cousa (res) no sentido juridico comprehende não só as corporeas (res corporales), como as incorporeas (res incorporales), *quae injure consistunt, sicut hereditas, usufructus, usus, obligationes quoquo modo contracta* (Inst. L. II, tit. II, de rebus incorporalibus)...Rei acpellatio generalis est: continet enim omnia, quae vel in patrimonio sunt, vel extra patrimonium, et ad omnem contractum causasque et jura pertinent (Bamabae Brissonii, De verborum significatione, etc.)”

¹⁸⁵ Ruy Barbosa, ob. cit., p. 56-57.

E consoantemente com estas e outras citações dos autores, se insiste que a Ord. liv. 3º, tit. 78, § 5º empregara a palavra coisa no sentido geral, compreendendo não só as corporeas, como as incorporeas, as moveis como as immoveis, pelo principio admittido: “Onde a lei não distingue, o interprete ou applicador não deve distinguir.”¹⁸⁶

94 c. — Não está em nosso proposito discutir, demonstrar, ou contestar no momento,—si os direitos pessoaes devem, ou não, merecer identica protecção possessoria, que as leis dos diversos Estados estatuem em favor dos direitos reaes. O que ora nos cumpre dizer, restringe-se tão somente á questão da posse segundo o *direito brasileiro vigente*, para o fim de saber, si o interdicto *prohibitorio* pode, ou não, ser concedido, *ex vi legis*, contra actos da administração publica, e a nada mais.

Antes de tudo, convém declarar que, bem ou mal, acertadamente ou não, as razões e argumentos apresentados em favor da posse dos direitos pessoaes não tem sido admittidos pelos tribunaes superiores do paiz, senão, em um ou outro caso excepcional.

— No Acc. de 16 janeiro 1900, sobre conflicto de attribuição entre o governo municipal e o juiz dos feitos municipaes, disse o Conselho Supremo da Côrte de Appellação do Districto Federal:

“Procede o conflicto...visto ser incompetente o juiz dos feitos da Fazenda Municipal para conhecer da especie dos autos, como ficou demonstrado no parecer do desembargador Procurador Geral do Districto e tem sido uniformemente decidido pelo Conselho por accordão de 9 novembro 1897 proferido nos conflictos ns. 18, 19 e 20”.

— No parecer alludido o Procurador Geral havia accentuado:

“que o acto da Prefeitura é inatacavel por meio de interdictos possessorios, competindo no caso, que sejam

¹⁸⁶ Ferreira Vianna, *Direito de retenção e interdicto prohibitorio na legislação patria* (Revista de Jurisprudência, vol. I, p. 193 sg.).

reguladas as indemnizações, que tiverem por si o direito, ante o juízo competente; que a acção de indemnização é o meio legitimo de atacar os actos administrativos lesivos de direitos individuaes, e que é inadmissivel fazel - o por meio de interdictos prohibitorios”.

— No Acc. de 20 de fevereiro do mesmo anno o Conselho Supremo da Côrte de Appellação manteve a mesma doutrina do Acc. de 16 de janeiro. (Cf. Accs. da Camara Civil da mesma Côrte proferidos sobre agravos em setembro do mesmo anno entre partes—Martins Pacheco e a Fazenda Municipal, um, e entre partes D. Rosa Lemgruber e o Juizo dos Feitos da Fazenda Municipal, o outro).

— No Acc. de 22 outubro 1900 sobre o conflicto de attribuição entre o Chefe de Policia e o Juiz dos Feitos da Fazenda Municipal, o Conselho Supremo da Côrte de Appellação disse :

“Que era incontestavel a competencia do Chefe de Policia para superintender os espectaculos publicos de qualquer natureza, afim de manter a ordem e prohibir que nos mesmos se pratiquem actos illicitos que possam offender a moral, observando em tudo as leis e regulamentos policiaes; que o Supremo Tribunal Federal em mais de um Accordam tem firmado o principio, que o mandado de manutenção só tem por fim proteger a posse em causas corporeas ou a quasi posse de direitos reaes, e não o exercicio de quaesquer outros direitos”.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Entretanto é notar, que por Accordam de 31 maio de 1900 a Camara Civil da Côrte de Appellação, sobre agravo de Carlos Leite Ribeiro e João Leopoldino Teixeira Bastos, interposto do despacho que lhes negara manutenção nos cargos do directores da *Caixa Geral das Famílias*, disse: “O fundamento da decisão agravada consiste em que o remedio da manutenção só tem logar quando a posse se concretisa era objecto corporeo. Essa hermeneutica, porém, attenta contra o principio cardeal do direito que, nas relações da vida juridica, colloca o remedio junto do mal produzido por uma violação. A manutenção é o remedio que a lei estabeleceu como correctivo a qualquer turbação. Essa tanto affecta o direito de possuidor, quando é exercido em coisa corporea, como em coisa incorporea; tanto quando offende o *jus possidendi*, como quando offende o *jus possessionis*, etc, etc.” E em vista de taes principios, foi concedida a manutenção aos agravantes. Esse Accordam foi, porém, embargado, e as Camaras reunidas da Côrte de Appellação julgando procedentes os embargos, restabeleceram a sua jurisprudencia anterior, declarando insubsistente a manutenção concedida, visto não se tratar de “cousas corporeas ou da quasi posse de direitos reaes” — Acc. n. 2433 de 9 junho 1904.

Si deixando a Côrte d'Appellação do Districto, formos examinar as decisões do Supremo Tribunal Federal na materia, encontraremos igualmente:

— No Acc. de 12 maio 1893, sobre acção proposta contra a Fazenda Nacional pela Companhia Editora Fluminense, que impetrara do juizo seccional um interdicto prohibitorio em favor do seu privilegio para a emissão de *bilhetes* ou *recibos fiscaes* concedido pela carta patente de 4 outubro 1890, se disse:

“Em materia de posse vigoram as normas e os principios fundamentaes do direito romano, os quaes não permitem ampliar-se a noção juridica da posse ao simples exercicio ou gozo de direitos que não tem por objecto cousas corporeas. Segundo os textos daquelle direito, a posse ou quasi posse se compõe de dous elementos essenciaes—um material e outro moral, os quaes se acham reunidos, quando alguém dispõe de uma coisa como dono ou, pelo menos, como titular de direitos parciaes destacados do dominio (*jure in re alinea*). E somente a posse ou a quasi posse assim concebida, com o poder physico sobre cousas susceptiveis de dominio e de onus reaes, goza da protecção dos interdictos possessorios...”

— No Acc. de 14 dezembro 1895, confirmando o despacho do mesmo juiz que indeferiu o pedido de *manutenção* feito por L. Gralvez em favor da exploração de jogo ou divertimento publico, prohibido pela Policia, se disse:

“Considerando que a acção de força nova turbativa tem por fim a manutenção na posse de coisa movel ou immovel ou na quasi posse de direitos reaes (Ord. liv. 3º, tit. 48, princ, liv. 2º, tit. 1º, § 2º; Mello Freire, liv. 4º, tit. 6º, §§ 30 - 31; Ribas, art. 746 e 756);—Considerando que o agravante quer ser MANUTENIDO NO EXERCICIO DE UM JOGO OU DIVERTIMENTO PUBLICO (FRONTÃO) QUE A AUTORIDADE POLICIAL PROHIBIO POR CONSIDERAL - O ILICITO;—Considerando que, presupposta a illegalidade da ordem emanada da dita autoridade, a offensa seria feita *não á posse ou quasi posse de coisa corporea ou direito real, mas ao livre emprego da actividade do agravante, a qual não pode ser protegida mediante a acção, que se pretende iniciar, e assim já foi julgado por este Tribunal em Acc. de 12 maio 1893.*”

— No Acc de 11 julho 1895, sobre a pretensão de C. A. Van der Linden e outros, que agravaram do despacho do Juiz seccional de Pernambuco, que lhes indeferira o pedido de interdicto prohibitorio nos termos da Ord. liv. 3º, tit. 78, § 5º, contra a cobrança de impostos, que os requerentes allegavam ser inconstitucionaes, por infringentes do art. 9º, n. 4 da Constituição, disse o Tribunal:

“Considerando que a expedição do mandado requerido pelos agravantes com o intuito formal de impedir a execução das citadas disposições da lei n. 359 de 1895, e do regulamento n. 2253 de 1896, importando de facto a suspensão destas, *constituiria um attentado contra a harmonia e independência dos poderes declarados pelo art. 15 da citada Constituição*, órgãos da soberania nacional, subordinando ao Judiciario o Legislativo e o Executivo; Considerando que, conformemente a sua indole e missão, somente nos casos occorrentes que fornecem a materia de litigios submittidos ao seu conhecimento por meio de acção juridicamente admissivel, ao Poder Judiciario compete pronunciar-se sobre a constitucionalidade das leis e a legalidade dos decretos do Poder Executivo, limitando-se a não aplicar umas e outras á especie debatida quando inconstitucionaes ou illegaes; Considerando que não ha litigio susceptivel de ser derimido pelos tribunaes, sem uma collisão juridica actual entre as partes contendoras, e que, portanto, a ninguem assiste o direito de *acção para antecipadamente demandar a anulação de uma lei ou decreto por motivo de inconstitucionalidade ou illegalidade com o fito de eximir-se á sua futura applicação em casos que antevê*; Considerando que, relativamente ao objecto do presente recurso, consistente em materia de impostos, cujo encargo constitue para o contribuinte uma divida derivada da lei, nenhum cabimento teria ainda em especie, isto é, por occasião de ser exigido de cada um dos agravantes o pagamento das taxas impugnadas,—o invocado remedio da Ord. liv. 3º, tit. 78, § 5º, *que não é meio de defeza do devedor contra a exigencia do credor de obrigação pessoal, mas sim um interdicto possessorio destinado a assegurar contra as ameaças de turbação a posse das cousas corporeas* ou a quasi posse dos direitos reaes desmembrados do dominio: Accordam negar provimento ao agravo interposto”.

A decisão fora unanime, e tomada por maioria absoluta dos membros do Tribunal.

— No Acc. de 30 junho 1897 sobre agravo contra o despacho do juiz seccional do Districto Federal, que negou interdicto prohibitorio ao Banco dos Funcionarios Publicos em favor de seu privilegio constante da lei n. 771 de 20 setembro 1890, se disse:

“O interdicto *retinendae possessionis*,—acção de manutenção, só tem por fim a manutenção na posse de coisa movel ou immovel, ou a quasi posse de direitos reaes nos termos da Ord. liv. 3º, tit. 48 princ, etc.; pelo que, confirmam o despacho agravado.”

— No Acc. de 7 agosto 1897, sobre a appellação da União Federal da decisão do juiz seccional do Districto Federal, julgando por sentença o preceito do mandado prohibitorio, que garantira a Thomaz A. Oliveira & C. a venda de bilhetes da loteria do Estado do Maranhão contra as diversas restricções do Dec. n. 1941 de 1895, se disse:

“Considerando que os direitos, a que alludem os appellados, é o de venderem nesta Capital bilhetes da loteria do Estado do Maranhão, de que se dizem concessionarios, e, consequentemente, um *direito pessoal*, a que não pode favorecer o invocado interdicto possessorio, de que trata a Ord. liv. 3º, tit. 78, § 5º, só destinado a assegurar, contra as ameaças de turbação, a posse das cousas corpóreas ou a quasi posse dos direitos reaes desmembrados do dominio; Considerando que é sem applicação ao caso sujeito o remedio daquela Ord., pela qual, não pode prevalecer o concedido mandado prohibitorio, exorbitante da competencia do Juiz *a quo*, para impedira execução do referido decreto de 1895, pois *somente por meio da acção estabelecida no art. 13 da lei n. 221 de 20 novembro 1894*, podem os juizes e tribunaes federaes pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou legalidade dos decretos e actos do Poder Executivo, e sobre a constitucionalidade das leis, limitando-se a não applicar umas e outras á especie debatida, quando inconstitucionaes e illegaes...Accordam dar provimento á appellação para declarar, como declaram, nullo e insubsistente o mandado prohibitorio e consequente auto de manutenção, e carecedores de acção os appellados...”

— No Acc. de 2 julho 1898, sobre o agravo da Associação *Luso - Americano Financial Beneficente*, interposto do despacho do juiz

seccional, negando-lhe manutenção contra o acto da Policia, que mandara fechar o seu estabelecimento, se disse:

“O mandado de manutenção só tem por fim proteger a posse das cousas corporeas ou a quasi posse de direitos reaes; mas não o exercicio de quaesquer outros direitos, como alem dos arestos citados pelo juiz *a quo*, ainda recentemente decidio este Tribunal, na appellação n. 284 por Accordam de 7 agosto do anno proximo passado. ”

— No Acc. de 29 abril 1899, sobre o agravo interposto por Miguel A. Bruno, do despacho do juiz seccional, que lhe indeferira o pedido de manutenção contra o acto da Policia, proibindo o funcionamento da empresa *Coupons - Annuncios*, da qual era gerente, se disse: “Negam provimento ao agravo, por isso que não se tratando na especie de posse de cousas corporeas ou da quasi posse de direitos reaes, é de todo ponto incabivel a manutenção requerida pelo aggravante.”

— No Acc. de 7 abril 1900 sobre o agravo do despacho do juiz seccional do Estado de Pernambuco, indeferindo o pedido de mandado de manutenção de Honorio Bastos & C., ameaçados pelo agente fiscal de Goyanna de ordem de fechamento do seu estabelecimento commercial e de imposição de multa, como incursos na disposição do art. 6º do dec. n. 3535 de 1899, se disse:

“O acto do juiz fundara-se na jurisprudencia do S. T. F. de não serem os direitos pessoaes protegidos pelos interdictos possessorios, só destinados a assegurar a posse das cousas corporeas ou a quasi posse dos direitos reaes desmenbrados do dominio; principalmente tratando-se , como na especie dos autos, de lesões de direitos individuaes por actos de autoridades administrativas da União, para a reparação dos quaes a lei n. 221 de 1894 creou acção especial.”

— No Acc. de 20 abril do mesmo anno, sobre especie identica, se decidio de igual modo por votação unanime dos membros presentes do Tribunal.

— No Acc. de 4 agosto 1900, sobre o agravo de Ferreira Silva & C. e outros, interposto do despacho do juiz seccional, que lhes indeferiu o pedido de manutenção na posse dos terrenos, nos quaes exploravam a plantação de hortas e capim, ora turbada por acto do Governo, como medida necessaria á saúde publica, se disse:

“Considerando que as medidas tomadas pela autoridade competente, de accordo com uma lei preexistente (dec. municipal, n. 672 de 9 maio 1899) em beneficio da saude publica, de modo algum devem ser consideradas violencia á nenhum direito de posse; Considerando que, si aos individuos fosse permittido, *em tempo de peste ou de guerra*, semelhante remedio possessorio, estaria, *ipso facto*, entorpecida a acção da autoridade incumbida de velar pelo bem publico; Considerando que em taes casos, aos prejudicados só é licito pedir indemnisação do damno em sua propriedade, nos casos e nos termos permittidos na lei; ...confirmam o despacho agravado.”

— No Acc. de 22 agosto 1900, sobre o agravo do Dr. Antonio de Souza Campos e sua mulher, interposto do despacho do juiz seccional, que lhes negou mandado de manutenção contra o acto da Directoria Geral de Saude Publica, que os intimara a reparar um predio de sua propriedade segundo as exigencias da hygiene, sob pena de ser o mesmo fechado, disse o Tribunal:

“Considerando que dos termos em que os agravantes expõem sua intenção e da natureza da medida administrativa contra a qual se insurgem resulta não *haver imminencia de turbação ou esbulho de sua posse, nem offensa alguma* a seu direito de propriedade; pois que a Directoria Geral de Saude ordenando o fechamento do edificio em que têm sua estalagem os agravantes, para que seja elle posto, conforme a legislação vigente, em condições de ser habitado sem perigo para os inquilinos nem detrimento da salubridade geral, de modo algum se trata de exercer nelles actos possessorios, nem de dominio, mas somente da applicação de uma providencia autorizada por lei e que nem vem *jus possessionis obscurum redere*, nem privar os aggrava vantes da sua propriedade, o que excluo o uso dos interdictos possessorios; Considerando que, com effeito, aos agravantes não póde aproveitar o disposto na Ord. (que citam) do liv. 3º tit. 78, § 5º, ibi: “ se alguém se temer de outro que o queira offender na pessoa ou lhe

queira *sem razão occupar e tomar suas cousas*, poderá requerer ao juiz, etc", porquanto nenhuma applicação, em face de seus claros termos, póde ter ao caso occorrente semelhante disposição; visto que, devendo ser entendida em termos habeis e de accordo com as disposições legaes applicaveis ao caso, na interdicção, de que se queixam os aggravantes, nenhum risco correm elles de que lhes seja *occupada* ou *tomada* sua propriedade e não se póde dizer que obra sem razão isto é, contra direito, a autoridade publica decretando, sob sua responsabilidade, o emprego de uma providencia de interesse geral e que está no circulo das suas attribuições; Considerando que contra os actos da Administração publica no legitimo exercicio de suas faculdades *de policia não são cabíveis interdictos possessorios* que suspendem taes actos ou os annullam; pois o contrario seria anarchico e subversivo da ordem administrativa, subordinando inconstitucionalmente a acção das respectivas autoridades a poder estranho que sobre ellas não têm superintendencia, e, assim, a um tempo quebrantando o principio fundamental da divisão e separação dos poderes publicos, embaraçando a acção dos agentes administrativos que para seu bom exito deve ser prompta e expedita na maior parte dos casos, e grandemente diminuindo-lhe s, senão nullificando-lhe s a responsabilidade que a lei creou-lhe , como condição para o bom e firme desempenho de suas funcções; Considerando que contra os abusos e determinações damnosas aos particulares, praticadas por essas autoridades, a lei tem estabelecido recurso a instancias superiores administarivas, a acção criminal e a civil e especialmente a da lei n. 221 de 20 de novembro de 1894, art. 13, que suficientemente asseguram os direitos legítimos e interesses individuaes que possam ser lesados pelos funcçionarios prepostos á Administração geral, por modo que não se acham os aggravantes privados das garantias legaes para, por outros meios, fazerem manter seus direitos e indemnizarem-se dos danos que lhes ocorrerem; Considerando que mal invocada é a disposição do arfe 72 § 17 da Constituição Federal, que garante a propriedade *em toda a sua plenitude*, salvo desapropriação legal com previa indemnisação; quer porque não se trata, no caso occorrente, de despojar os aggravantes de seu predio e do direito de disporem delle (e provado que estivesse no plano, por elles attribuido á Directoria Geral de Saúde, de *acabar com as estalagens*, a elle somente se procederia em virtude e na forma das leis e mediante as indemnisações que se verificasse serem devidas); quer porque, como bem se explana no despacho e contra - minuta do - juiz *a quo*, além da excepção constitucional, ha mais a observar, quanto ao exercicio do direito de propriedade, certas restricções impostas pelo interesse geral e que se consagram na legislação de todos os

povos cultos, da qual nisso não destoa a nossa; Considerando que os proprios aggravantes tendo, depois de proposta a acção, requirido prorrogação do prazo a elles assignado para a execução da medida de que se trata, vieram assim a reconhecer a competencia da autoridade que a determinou e a legitimidade de seu acto; não lhes valendo terem - n'ó feito com segnnda tenção, como declaram para ganhar tempo e obter certidões, pois nenhuma resalva ou protesto fizeram na petição constante da certidão de fl..., nem consta de qualquer outra peça dos autos, e desfarte por aquella petição se propuzeram a cumprir a intimação, pedindo somente para isso mais tempo, isto é, convierara elles mesmos e espontaneamente em submetter-se ao que a principio tinham considerado ameaça de turbação, de onde resulta não mais poderem obter o pretendido interdicto prohibitorio, e isto posto: O Supremo Tribunal Federal nega provimento ao agravo, para manter, como mantêm, e mandar que prevaleça o despacho aggravado..."

Esta decisão foi tomada unanimemente, estando presentes quatorze ministros.

— No Acc. de 13 outubro 1900, sobre o agravo de João de Albuquerque Serejo interposto do despacho do juiz seccional do Districto Federal, que lhe negou mandado prohibitorio contra o acto da Directoria Geraí de Saude Publica, impondo-lhe a obrigação de satisfazer certas exigencias de policia sanitaria, se disse:

"Que a intervenção do Estado em materia de hygiene se legitima por estar a saude publica intimamente vinculada ao interesse social...; que, sem violar a coexistencia harmonica dos órgãos da soberania nacional, tão necessaria á marcha regular das instituições democraticas, não seria licito ao poder judiciario expedir mandado de manutenção ou outro qualquer interdicto possessorio para o fim de suspender a medida que a administração publica, no exercicio legitimo de suas funcções e por intermedio da autoridade competente, julgue imprescindivel para prevenir ou reprimir o apparecimento ou a propagação de qualquer epidemia; que, si porventura o acto emanado da autoridade sanitaria produzisse a lesão de um direito, a lei n. 221 de 1894, art.

13 assegurava, sem prejuízo do interesse social, a sua reparação... ¹⁸⁸

94 d. — Ora, dos diversos *accordams*, que foram citados, e da uniformidade de linguagem dos mesmos, não se pode deixar de concluir, que a jurisprudência pátria não admite o interdito possessório, senão, em favor das cousas corpóreas ou de direitos reais, excluindo os direitos pessoais dessa protecção.

E não se pode deixar de convir, que, no estado actual do nosso direito vigente, essa jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal é, incontestavelmente, a única verdadeira ou legitimamente fundada.

De facto, com a lei n. 221 de 1894, art. 13, o que o legislador teve em mente, foi consignar os casos e o processo, segundo o qual se podia dar a legítima intervenção do judiciário nos actos dos dois outros poderes, sem offensa das faculdades destes; visto, até então, nada haver de positivo em nossas leis a semelhante respeito.

O pensamento, que se depreende dos dispositivos dessa lei, é, antes de tudo, o de que a efficácia dos actos legislativos e administrativos, assim como o dever de obediência aos mesmos, deverão subsistir sem quebra, até que, por sentença judiciária proferida em processo regular, sejam tais actos declarados, porventura, nulos ou carecedores de força jurídica.¹⁸⁹ O legislador de 1894 procurou tornar este

¹⁸⁸ Com a doutrina dos Accs. acima mencionados conferem ainda: S. T. F. 23 e 80 outubro 1901; 12 abril e 21 junho 1902; 4 abril, 20 junho e 1º Agosto 1903; 9 abril 1904, etc.

¹⁸⁹ Como já vimos, por disposições de leis e decretos recentes (*hic, nota 178*) fora expressamente prohibido ao Judiciário conceder interdictos possessórios contra os actos administrativos do Prefeito Municipal e das autoridades sanitárias. Os interessados, porém, se tem insurgido contra tais disposições, averbando-as de inconstitucionais, como se vê dos seguintes factos. Tendo o Prefeito do Districto Federal mandado intimar a diversos proprietários e inquilinos de prédios nesta cidade do Rio de Janeiro (*Largo da Carioca*) para despejar-os *afim de ser feita a demolição dos mesmos*, sob o fundamento ou pretexto de ameaçarem ruína,—os interessados recorreram ao Juízo Federal, pedindo mandado de manutenção em seu favor, já por não haver a supposta mina de tais

seu pensamento o mais claro possível, estatuinto, como advertência especial, no § 7º do citado art. 13, que o autor podea requerer a *suspensão* do acto ou medida impugnada,— mas, dirigindo o seu requerimento a propria autoridade administrativa expeditora do acto, e esta poderá attendel - o, “si a isto não se oppuzessem razões de ordem publica”. Não reconheceu, entretanto, a mesma faculdade á autoridade judiciaria. E porque? Porque entendera, sabia e prudentemente, que a independencia dos poderes publicos ficaria reduzida a um simples vocabulo, “*flatus vocis*”, sem a menor significação pratica, desde que a um delles somente coubesse o direito superior de, *a priori*, ou em vista de simples petição do interessado, annullar os effeitos dos actos dos demais poderes coordenados. Certo, não é este o funcionamento de poderes, *independentes e harmonicos*, que se acha consagrado nos textos da Constituição.

— Não ha duvida, que o individuo, lesado nos seus direitos pessoaes por actos da Administração Publica, tem o direito de recorrer ao Judiciario, pedindo remedio reparador; e foi, precisamente, o exercicio desse direito, que a lei n. 221 procurou regular de maneira conveniente. Proponha elle, portanto, livremente a sua acção; e demonstrada a procedencia della ou a invalidade do acto administrativo perante a autoridade judiciaria, é direito e dever desta declarar o acto nullo por

predios, já por serem illegaes, por contrarias á Constituição, as ordens do Prefeito a esse respeito. O Juiz Federal da Secção se tendo declarado *incompetente*, e bem assim o da justiça local, subiram os feitos, pelos *aggravos* de ns. 555, 557 e 558, ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, o qual os decidira por maioria insignificante de votos, ora pela competencia da justiça local (aggr. n. 555 por Acc. de 9 julho 1904), e ora pela da justiça federal (aggr. ns. 557, por Acc. de 13 julho; aggr. n. 558 por Acc. de 16 julho 1904). Devendo prevalecer o teor das ultimas decisões, as partes requereram de novo ao Juizo Federal o remedio possessorio em favor dos predios em questão, e desta vez sendo deferido o pedido (despacho de 20 julho 1904), obtiveram manutenção contra as intimações do Prefeito. Não havendo, entretanto, julgamento definitivo do feito ou *de meritis*, não se pôde saber,—si a concessão do mandado teve por fundamento a inconstitucionalidade da lei, em que se baseiara o acto do Prefeito,—ou si o mesmo foi concedido por se tratar, no caso, de *direitos reaes*, isto é, direitos relativos a predios, cuja demolição se ordenara, tirando-se, talvez, argumento da propria lei n. 221, art. 18, § 16, letra *b*...

sentença,— para o fim de assegurar o direito da parte lesada, com as perdas e danos, que no caso se derem. Emquanto, porém, não for lavrada a decisão final, irrevogavel, do Judiciario, o acto administrativo, embora impugnado, devera ser reputado, legal e valioso, em respeito ao poder independente, donde o mesmo emanara. Fora da observancia desta regra, não ha, nem pode haver, independencia de poderes iguaes, e coordenados em vista da realisação do bem publico.

— Neste sentido merecerão, sem duvida, a atenção do leitor as razões, que aqui transcrevemos, do Procurador da Fazenda Municipal do Districto, allegadas a proposito de uma manutenção da especie:

“Com effeito, se a autoridade judiciaria póde conhecer da legalidade e da legitimidade de um acto da Administração Publica, a sua competencia deve ser limitada a verificar em cada caso a existencia do direito privado, que se diz offendido, e a vêr se esta lesão existe, pronunciando-se na especie sobre as perdas e danos e sobre a inefficacia da decisão administrativa pela inobservancia das formalidades leaes. Mas se a autoridade judiciaria póde impedir que o acto da administração tenha o seu completo e pleno effeito, negando-lhe applicação ao caso occorrente, não póde pronunciar-se sobre a sua oportunidade, nem revogar - o, modificá-lo ou ordenar e crear disposições, que lhe sejam contrarias; de outro modo seria invadida a esphera das attribuições do Poder Executivo e seriam confundidos todos os poderes.

Consequencia de taes principios é a inadmissibilidade das acções possessorias contra os actos administrativos.

As acções possessrias tendem a manter na sua posse a quem nella é turbado, ou a restituir a posse a quem della se vê espoliado com o fim de prevenir conflictos entre os particulares e de impedir que estes se façam justiça por suas proprias mãos.

O exercicio dessas acções não se compadece, pois, com os actos da Administração Publica, os quaes, porque emanados dos poderes legalmente constituídos e destinados ao bem commum, têm uma presumpção de justiça, embora algumas vezes, ou por abuso ou por erro, possam importar numa violação dos direitos individuaes.

Além disso, se admissíveis contra a Administração Pública fossem as acções possessórias, os juizes seguramente viriam por um modo indirecto a revogar, modificar ou annular o acto administrativo, desde que a sentença que ordenasse a desistencia da turbação ou da reintegração da posse privada substancialmente suspenderia o acto administrativo, da execução do qual decorre a turbação ou o espolio.”¹⁹⁰

— Verdade é, que na mesma lei n. 221 (art. 13 § 16) se declara, que subsiste sem alteração o direito vigente quanto ás *acções possessórias*; e a *manutenção provisoria* é, sabidamente, uma das formas salutaes das acções referidas, Mas *quid inde?* Que dahi se deva inferir a admissão dos *interdictos prohibitorios* ou *retinendae possessionis* contra todos e quaesquer actos da administração? Evidentemente não. O que o legislador pretendeu firmar, pelo § 16 do art. 13 da lei de 1894, foi—que esta lei em nada alterava o direito existente sobre a protecção da *posse das cousas*, ou dos chamados *jura in re*; mas, sem o intuito de ampliar semelhante protecção ás cousas incorporeas ou aos direitos pessoaes, como á outros tem parecido...¹⁹¹

Já o dissemos,— as acções possessórias do nosso direito civil foram sempre tidas, como remedio judicial especifico de defender e conservar a posse das cousas contra qualquer turbação; sendo esta a jurisprudencia patria, uniforme, indiscutivel, na época, em que foi votada a lei n. 221. Portanto, quando o legislador se referiu a taes acções, não podia ter tido outra mente, que não fosse a de conservar-lhe s a mesma applicação, os mesmos effeitos, que então tinham. Poder-se-á affirmar o contrario, isto é, que os *interdictos possessorios* fossem então igualmente admittidos, praticados, como regra da nossa jurisprudencia,— para a

¹⁹⁰ Miranda Valverde, Minuta do Aggravo n. 431 de 1901 para o Supremo Tribunal Federal.

¹⁹¹ Talvez não seja descabido dizer aqui, que toda a materia do art. 13 da lei n. 221 fora apresentada pelo autor deste trabalho (então senador federal) em projecto de lei; sendo dito artigo adoptado pelo Congresso Nacional sem a menor emenda ou modificação feita.—Vide: Projecto do Senado n. 6 de 1893, art. 2º

protecção de direitos meramente pessoas, e, *nomeadamente*, contra os actos da Administração Publica? Onde os documentos, que attestam o reconhecimento de semelhante ampliação?— Em parte alguma.

Logo, é forçoso concluir que, mesmo em vista da ressalva feita pela lei n. 221 de 1894, o Judiciario não deverá conceder taes interdictos, senão, tratando-se de *cousas*, propriamente ditas, ou usando da linguagem consagrada, em favor da posse de cousas corporeas ou da quasi - posse dos direitos reaes. Fazer o contrario, é proceder sem apoio na lei; é praticar um abuso manifesto...

94 e — Agora, pondo termo á este ultimo capitulo da nossa tarefa, cumpre-nos dar, ainda que em breves palavras, duas explicações, uma ainda relativa aos interdictos prohibitorios, e outra relativa á intervenção judiciaria em geral.

— Quanto á primeira, é de saber, que as considerações, feitas contra o uso dos interdictos, assentam, como se disse, nas disposições da lei vigente e na jurisprudencia até agora consagrada pelos tribunaes; mas, com ellas, não se quiz dizer que repugna aos bons principios juridicos, que os direitos pessoas, em dados limites e em casos excepçionaes, tambem possam ter em seu favor a mesma protecção, de que gosa a posse dos direitos reaes.¹⁹² Nada, realmente nada, impede, que assim se faça em *lex ferenda*...

O que combatemos, por não nos parecer admissivel, é, que se recorra á manutenção ou aos interdictos prohibitorios, *como regra* ou *meio ordinario* contra os actos da Administração Publica. O processo commum de defender o direito, ameaçado ou ferido pelo poder administrativo, deve ser outro; muito embora a lei possa autorisar taes

¹⁹² A respeito da manutenção dos direitos pessoas, se encontra no *Jornal do Commercio* (Rio de Janeiro), de 25 janeiro e 1º fevereiro 1903, nm importante trabalho do professor de direito, Candido L. M. de Oliveira.

interdictos em casos particulares, e de que já temos, aliás, exemplo no recente dec. n. 1185 de 1904 relativamente aos impostos interestadaes. Como *remedio ordinario*, pensamos nós, deverá com razão continuar — ou o da anulação do acto lesivo, autorisado pela lei n. 221 de 1894, com os seus effeitos de reparação consequente,—ou do pedido de simples indemnisação por perdas e danos mediante a acção ordinaria, segundo as circunstancias do caso.

— Quanto á intervenção judiciaria nos actos administrativos em geral, tambem não se queira vêr no modo restrictivo, pelo qual entendemos que ella póde ter lugar, uma contradicção ou esquecimento da doutrina, anteriormente sustentada, acerca da *responsabilidade geral* do Estado pelos actos lesivos dos seus representantes.

Nada disto certamente. A nossa questão alli, como aqui, é sempre a mesma: a do respeito devido ao direito daquelle que o tem, seja o individuo, seja o Estado, seja uma parte da administração deste. Continuamos a affirmar do mesmo modo, que a responsabilidade do Estado pela lesão do direito individual deve ser a regra geral; mas, sem deixar de reconhecer juntamente, que semelhante principio tem, e nem pode deixar de ter, restricções em muitos casos. O Estado responde, sim, perante o Judiciario pelos danos causados dos seus agentes ou funcionarios; mas deverá fazel - o, de maneira conveniente e opportuna, que não embarace a sua acção, sabidamente indispensavel á realisação do bem publico.

A intervenção judiciaria é a mais legitima e necessaria, afim de assegurar ao individuo o restabelecimento do seu direito, ou, ao menos, uma indemnisação correspondente á lesão soffrida. Não ha que objectar.

Mas, em respeito á independencia do poder administrativo, e dos fins, que igualmente se propõem os actos do mesmo, é preciso *aguardar a oportunidade* da intervenção judiciaria, e impor-lhe limites

certos, isto é, a autoridade judiciária se deve restringir a assegurar a reparação dos direitos lesados, sem jamais impedir *a acção administrativa*, nem querer dar ordens ao outro poder *igualmente* independente, ou *dictar-lhe obrigações*, que importem a usurpação de faculdades, que não estão na sua indole, nem lhe foram conferidas pela “*Lei Fundamental*” do Estado.

NOTA ADDITIVA

A Jurisprudencia Estrangeira

Para não tornar demasiado longo o presente Titulo, deixámos de abrir capitulos especiaes a jurisprudencia de alguns outros Estados estrangeiros, relativamente ao assumpto. Entendemos, todavia, que não seria inutil dar, ainda que em *simples nota*, uma ligeira noticia acerca da Austria, Suissa, Hespanha e Portugal.

A situação do direito positivo destes Estados, feitas as restricções peculiares de cada legislação, é, mais ou menos, analoga á da morparte dos Estados da Europa e da America, no tocante á questão da responsabilidade civil do Estado. Carecem ainda de disposições legislativas de character geral, que affirmem, ou neguem, dita responsabilidade, ao menos, sobre um dado genero de factos, como theoricamente se pretende no systema da distincção dos actos entre a gestão e o imperio.

Encoutram-se , apenas, disposições de character restricto ou especial, reconhecendo a obrigação do Estado de indemnisar em certos casos, taes por exemplo, nos de desapropriação por utilidade publica ou n'outros, em que se fazem danos *directos* a propriedade particular por actos licitos ou legaes da Administração Publica. Tambem com relação aos proprios actos illicitos, quando o danino provém de relações contractuaes, a mesma responsabilidade é, em regra, admittida na jurisprudencia. Quanto, porém, aos danos provenientes de actos illicitos extracontraotuaes, o principio, mais geralmente insinuado, continua a ser o da irresponsabilidade do Estado, muito embora, sem haver textos expressos que assim o declarem. As diversas leis, em geral, consagram a responsabilidade criminal e civil do funcionario pelos seus actos lesivos do alheio direito; mas sem dizerem juntamente si, por esse facto, se deve considerar excluida em todos os casos a responsabilidade civil, solidaria ou subsidiaria, por parte do Estado. De maneira que se póde affirmar, que a verdadeira situação juridica sobre este ponto é a da incerteza...

Em todo o caso é de saber, que, segundo o direito vigente dos Estados, a que ora alludimos, o Estado e o Municipio são considerados pessoas juridicas, e, *como taes*, sujeitos ás disposições do direito civil, salvo na parte em que a lei ordenar o contrario; donde não será descabido inferir, que, senão em todos, certamente em um grande numero de casos, em que o representante do Estado ou do Municipio lesar por seus actos aos direitos individuaes, estes últimos deverão *responder civilmente* nos termos do mesmo direito, porventura applicaveis ás pessoas juridicas em geral em casos analogos.

Não é preciso accrescentar, que no caso de o Estado tirar um lucro do acto illicito do seu funcionario, a indemnisação é de regra, pelo menos, até a importancia do lucro illicitamente obtido.

Agora, deixando de parte a materia da desapropriação, cuja indemnisação pelo Estado é hoje um preceito commum do direito constitucional dos diversos Estados civilizados, passaremos á mencionar algumas outras disposições particulares, que se referem, ou poderão ter applicação ao objecto da presente nota.

AUSTRIA. — A questão da responsabilidade do Estado ou do Município pelos actos lesivos dos funcionarios occupára a attenção dos poderes publicos desde data remota, sobretudo, no que se refere aos funcionarios judiciaes. Já um decreto imperial de 4 janeiro de 1787 (*Hofdecret*) dispunha:

“Quando o magistrado ou o administrador da justiça (*Gerichtsverwalter*) incorrer na satisfação de danos ou prejuizos por motivo da má administração da justiça, o respectivo municipio ou o senhorio (Governo territorial), do qual depender dita jurisdição, deverá prestar a indemnisação devida á parte lesada, com direito regressivo contra o magistrado ou juiz que tenha tido culpa ou parte na injustiça feita.”

Esta disposição tinha igual applicação ao Estado, como expressamente o declarara ura outro decreto imperial de 28 janeiro 1838.

Os annaes legislativos da austria, de data anterior e posterior, contem diversos projectos de lei apresentados acerca da responsabilidade do Estado, sendo mais notavel, um do ministerio da justiça, estabelecendo a *responsabilidade primaria* do mesmo. Este projecto, porém, só logrou ser convertido em lei (12 março 1859) na parte que reconheceria o Estado, responsavel immediato pelos depositos, subsistindo quanto ao mais a responsabilidade exclusiva dos funcionarios culposos. A lei de 17 dezembro 1862 declarou igual responsabilidade nos casos de apprehensões de cousas, feitas pela policia ou por occasião de uma medida administrativa. Por ultimo, tendo a lei constitucional de 21 dezembro 1867 (*Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt*) disposto no seu art. 9º, que o Estado ou os seus funcionarios judiciaes são sujeitos á acção pelos damnos que causarem no exercicio do cargo (*Der Staat oder dessen richterliche Beamten können wegen der von den letzteren in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit verursachten Rechtsverletzungen ausser den im gerechtlichen Verfahren vorgezeichneten Rechtsmitteln mittelst Klage belangt werden*), foi nesta conformidade votada a lei de 12 julho 1872 (*Gesetz vom, 12 juli 1872, womit zur Durchführung des artikels 9 des Staatsgrundgesetzes vom 21 December 1867 über die richterliche Gewalt, das Klagerecht der Parteien wegen dws vom richterlichen Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit zugefügten Rechtsverletzungen geregelt wird*), cujo art. 1º dispõe expressamente:

“Quando um funcionario de ordem judiciaria no exercicio das suas funcções lesar, por excesso de poder, os direitos de uma parte causando-lhe damno, para cuja reparação os meios processuaes existentes não provejam remedio, a parte lesada tem o direito de exigir a reparação desse damno por via de acção, seja contra o funcionario responsavel, seja contra o Estado, seja contra ambos na fórmula determinada pela presente lei. O funcionario é obrigado, como devedor principal, e o Estado, como abonador, que paga por outrem (*Wenn ein richterlicher Beamter in der Ausübung seiner amtlichen Wirksamkeit durch Uebertretung seiner Amtspflicht einer Partei eine Rechtsverletzung und dadurch einen Schaden zugefügt hat,*

gegen welchen die in dem gerechtlchen Verfahren vorgezeichneten Rechtsmittel eine Abhilfe nicht gewähren, so ist die beschädigte Partei nach Massgabe dieses Gesetzes berechtigt, den Ersatz des Schadens mittelst Klage gegen den schuldtragenden rrichterlichen Beamten allein, oder gegen den Staat allein, oder gegen Beide auszusprechen...).

Ahi temos, pois, relativamente aos actos judiciarios, reconhecida de modo expresso a responsabilidade civil do Estado, sem que nos textos das leis citadas se tenha feito ressalva de alguns de taes actos, á pretexto de serem de imperio ou de poder publico.

A lei de 1872 declarara igualmente, que sobre todos os pontos, nao modificados por ella, as disposições do direito comum regalam a materia da indemnisação do funcionario (art. 5º), e que ao Estado compete o direito regressivo contra o funcionario pelo que pagar a titulo de indemnisação; podendo tomar a respeito as medidas assecutorias convenientes, inclusive a execução dos vencimentos e mais emolumentos pertencentes ao funcionario culposos, (arts. 15 - 26).

— A indemnisação por motivo de prisão, feita ou prolongada illegalmente, de que trata o art. 8º da lei organica de 21 dezembro 1867 (*Staats - grundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die in Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder*), devera ser igualmente processada nos termos da lei de 1872; sendo positiva a disposição da lei constitucional de 1867 a este respeito: “Toda detenção feita ou prolongada illegalmente obriga o Estado a reparação do damno á parte lesada”.

Nos *motivos* da lei de 12 julho de 1872 se disse: “A parte não tem a liberdade de escolha de por-se , ou não, em relação com o funcionario, nem de acceitar determinado funcionario. Tanto o acto, como a pessoa do funcionario, são impostos a parte; logo aquelle que crea esta necessidade, a dizer, o Estado, deve responder pelas consequencias della. A obrigação de indemnisar por parte do Estado

funda-se no instituto da *representação* do cargo e na necessidade dos subditos do se acharem em relação com o funcionario. E esta obrigação juridica de indemnizar não depende da natureza da materia sujeita; a maior ou menor importancia dos direitos, caso se possa fazer uma tal classificação, nada influe á semelhante respeito.— Vide: A. Klevitz, *Die Entschädigungsausprüche aus rechtswidrigen Amsthandlungen*, p. 39, 85 sg., 97 nota, 100 nota e 109, nota, etc.

— Quanto á responsabilidade do funcionario, proveniente dos actos administrativos propriamente, tambem por outra lei constitucional de 21 dezembro 1867 sobre o exercicio do poder governamental e executivo (*Staatsgrundgesetz über Ausübung der Regierungs - und - Vollzugsgewalt*) fora disposto em seu art 12:

“Todos os funcionarios do Estado, no exercido de suas attribuições, são obrigados a guardar as leis constitucionaes, as leis do imperio e as leis locaes de cada paiz. A responsabilidade effectiva dessa obrigação incumbe aos órgãos do poder executivo, a quem pertencer a autoridade disciplinar sobre os respectivos funcionarios. A responsabilidade civil destes, pelos damnos causados no uso illegal da sua autoridade, será regulada em lei especial. (*Die civilrechtliche Haftung derselben für die durch pflichtwidrige Verfügungen verursachten Rechtsverletzungen wird durch chi Gesetz normirt*). Até ao presente, porém, não consta a promulgação desta lei especial. ”

Anteriormente, na lei da responsabilidade dos ministros (*Gesetz über die Verantwortlichkeit der Minister*) de 25 julho 1867.se havia igualmente disposto no art. 6º:

“O ministro póde ser processado perante os tribunaes ordinarios pela reparação do dam no resultante de um acto das suas attribuições, seja em prejuizo do Estado, seja em prejuizo de um particular, desde que semelhante acto for declarado illegal pela Alta Côrte de justiça (*Staatsgerichtshof*)”.

A citada lei constitucional (sobre o poder judiciario) de 21 dezembro 1867, havendo juntamente disposto no seu art. 14, que a

justiça e a administração são separadas em todos os graus de jurisdição, acrescentára no art. 15:

“ Em todos os casos, em que uma autoridade administrativa intervem e decide as contestações entre particulares segundo as leis vigentes,—á parte, que for lesada em seus direitos pela decisão, é livre recorrer contra o seu adversario pelas vias judiciais de direito commum. Alem disso, todo aquelle que se julgar lesado em seus direitos por uma decisão ou medida de autoridade administrativa, tem o direito de levar a sua reclamação perante a corte de justiça administrativa contra o representante da autoridade administrativa”.

As regras sobre a organização desta corte e o respectivo processo deviam constar de lei especial. Tal foi o objecto da lei de 22 outubro 1875 (*Gesetz betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes*), a qual resa em seu art. 1º: A Côrte de justiça administrativa conhece de todos os recursos, que lhe forem apresentados pelas pessoas que se julgarem lesadas em seus direitos por uma decisão ou medida da autoridade administrativa, seja esta central, provincial, departamental, ou municipal.

Conforme ao art. 3º desta lei, são excluidos da competencia da Côrte de Justiça Administrativa: *a)* as materias, cuja decisão pertence ás justiças ordinarias; *b)* as que, segundo a lei constitucional de 21 de dezembro de 1867, são da competencia da Côrte do Imperio (*Reichsgericht*); *c)* as que, segundo a lei n. 146 de 21 dezembro 1867, são submettidas á uma administração commum pelas duas partes do Imperio; *d)* as que, conforme esta mesma lei de 21 dezembro 1867, são submettidas, quanto á sua administração, á principios uniformes nas duas partes do Imperio, comtanto que a medida ou decisão impugnada tenha sido tomada em execução da lei por uma autoridade administrativa commum ou por uma autoridade administrativa da outra parte do Imperio, ou se funde sobre a applicação de alguma resolução ou regulamento feito igualmente de accordo; *e)* as materias, nas quaes a

administração é investida de um poder discricionário, na medida que este poder lhe tenha sido conferido; *f*) os recursos contra as nomeações para os cargos e funções públicas, quando não se tratar de ofensa a um pretendido direito de apresentação ou designação; *g*) as matérias disciplinares; *h*) os recursos contra as decisões administrativas emanadas em última instância da Corte Suprema, assim como as decisões emanadas de uma jurisdição composta de funcionários e juizes juntamente; *i*) os recursos contra os actos e decisões das comissões encarregadas da repartição dos impostos.

Quando a Corte de justiça administrativa admite o recurso, deve annullar o acto, como illegal, por uma sentença fundamentada (art. 7°).

— E', entretanto, de observar, que a lei, facultando o recurso das decisões administrativas para a Corte de justiça administrativa, teve somente em vista crear um remedio contra o erro ou injustiça de taes decisões, que a Corte póde *annullar*, como se vio; é um remedio em tudo analogo ao que a lei brasileira n. 221 de 1894 procurou consagrar em nosso paiz. Mas a referida lei austriaca não cogitou de excluir o direito a indemnização que porventura possa caber ao individuo lesado (*die civile rechtliche Haftung*) em consequencia da respectiva decisão administrativa; esse direito, si houver no caso, continuara a ser regido pelo direito commum ou por outras disposições especiaes. Queremos dizer, mesmo da não competencia da Corte administrativa para *rever* ou *annullar* os actos exceptuados no art. 8° da lei, não é licito desde logo inferir, que os mesmos actos não podem, só por isto, ser susceptiveis de gerar a responsabilidade civil do funcionario ou do Estado, pelas suas consequencias lesivas do alheio direito.

SUISSA. — A responsabilidade dos funcionarios publicos pelos effeitos de seus actos está expressamente consagrada na Constituição Federal (art. 177) e bem assim nas constituições e leis cantonaes.

Quanto ao mais, temos o seguinte:— O código federal das obrigações (lei de 14 junho 1881, posta em vigor no 1º janeiro de 1883), dobaixo do título de *“Actos Illicitos”*, começa por declarar (art. 50),— que cada um é obrigado a reparar o dano causado a outrem por actos illicitos, seja propositamente, seja por negligencia ou imprudencia.

E tendo disposto nos arts. 61,62 e 63 sobre a responsabilidade que cada um póde contrahir pelos actos de outrem, que esteja na sua dependencia ou serviço, incluindo entre os responsaveis as pessoas juridicas, que exercitam uma industria, diz no art. 64:

“As leis federaes ou cantonaes podem derogar as disposições deste capitulo no que respeita á responsabilidade dos danos causados por funcionarios ou empregados publicos no exercido das suas attribuições; advertido, porém, que as leis cantonaes não poderão derogar as mesmas disposições, quando ellas se referem aos actos de funcionarios ou empregados na exploração de uma industria.”

E’ de saber que outra lei federal (de 25 junho 1881) tambem reconhecera a responsabilidade civil por actos de outrem, sem a condição de culpa,— declarando o patrão ou o proprietario do estabelecimento industrial obrigado a reparar o dano soffrido pelos operarios no serviço,— mesmo provado, que aquelle não tenha tido a menor culpa no acto ou facto, de que resultar o dano.

— São os tribunaes ordinarios, que tem competencia para conhecer das acções contra os funcionarios publicos; e como na mórparte dos cantões os mesmos tribunaes decidem igualmente de materias contenciosas administrativas, é consequente, que elles apreciem, em dados casos, o proprio valor juridico dos actos da administração publica. Todavia, sendo varia a legislação cantonal a respeito da materia, não podemos apresentar um summario da mesma a esse respeito; apenas faremos a indicação de algumas das disposições concernentes, adoptadas em certos cantões.

— A lei do cantão de Berna de 31 julho 1846, art. 17: “As acções civis, que resultam da responsabilidade, podem ser propostas em juízo directamente contra o Estado (*unmittelbar gegen den Staat*)... O Estado conserva o direito regressivo contra os culpados. ”

No art. 72 da Constituição cantonal, o qual veda a prisão individual, a não ser nos casos e formas previstas na lei, se estatue juntamente: “Uma prisão ilegal dá ao preso o direito á inteira indemnisação ”.

Disposição identica ou analoga se encontra em varias outras constituições, notadamente, nas de Zurich (art. 7), de Luzerna (art. 5), de Ob - Wald (art. 9), de Zug (art. 7°), de Solothurn (art. 31), de St. Gallen (art. 14), etc, etc.

Em varias dessas constituições vem expressamente declarado, que a dita indemnisação deve ser prestada pelo Estado.

— A Constituição de Zurich dispõe de modo geral, no seu art. 4°, que ao Estado incumbe garantir os direitos individuaes, legitimamente adquiridos (*worlerworbene Privatrechte*); que si o bem publico o exigir, e permittida a sua desapropriação; mas mediante justa indemnisação, cuja importancia, no caso de contenda, será fixada pelos tribunaes de justiça.

— A Constituição de Ob - Wald (art. 9) estende a obrigação do Estado de prestar indemnisação, não só aos casos de prisão illegal, mas tambem aos de condemnação injusta. E no codigo civil do mesmo cantão se acham consagradas as seguintes disposições:

Art. 419. Os membros e empregados das administrações publicas respondem aos particulares pelo damno que lhes causarem, *intencionalmente* ou *por grave negligencia*, no exercicio das funcções; a menos que as pessoas lesadas, havendo vias certas de direito para evitar o damno, tenham negligenciado de usar dellas.

Art. 420. Quando um particular, por motivos do interesse geral, soffrer da parte da autoridade publica, um damno, que a lei não lhe impoz a obrigação de supportar pessoalmente, e que não possa ser imputado a si mesmo, por exemplo, em consecuencia de exercicios militares, ou de medidas policiaes, dito particular terá direito de acção para ser indemnizado,—*não, contra o autor do damno*, mas contra o Estado; uma vez que o caso seja assimilavel á ama desapropriação ou á uma privação forçada de direito por causa de utilidade publica. Fora disto, não poderá, reclamar indemnisação alguma.

Art. 421. Si no exercicio da autoridade publica uma pessoa for lesada por effeito de *dolo* ou *grave negligencia* de um funcionario ou empregado publico, dita pessoa só terá recurso contra o proprio culpado.

— A Constituição de Solothurn, ao declarar a responsabilidade dos funcionarios pelos danos causados, ajunta igualmente: “que si elles ou os seus fiadores não poderem satisfazer o damno, ao Estado cabe a obrigação de responder pelo mesmo” (art. 11).

— Na reforma constitucional do cantão de Uri de 6 maio 1888 foi adoptada a seguinte disposição: “ O Estado assume a responsabilidade subsidiaria, até o dobro da importancia da fiança, pelos seus funcionarios, empregados e prepostos nos casos de falsidade e negligencia (*von Untreue oder Pflichtvernachlässung derselben*).”—A nova reforma tambem consagrara o direito de indemnisação contra o Estado nos casos de prisão injusta.

— Por ultimo, tambem não devemos deixar de dizer que, segundo uma decisão do Tribunal Federal Suisso, o Estado fora declarado irresponsavel no seu exercicio de poder publico, salvo disposição especial derogatoria desse principio. (Decisão do Tribunal Federal Suisso de 25 março 1882.— Cf. Bailby, ob. cit. p. 136).

— Vide: A. Geser, *Die Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten*,—Freiburg, 1899:—*“Sammlung der Bundesverfassung und der auf 1 jänner 1880 in Kraft bestehenden Kantonsverfassungen (amtliche Ausgabe)”*;— A. G. Boulen, Ob. cit. pag. 358 - 361;— Von Salis, *Schwekerisches Bundesrecht*, t.I, p. 154.

HESPAÑA. — Na Hespanha existe o systema de jurisdicção dupla, a contenciosa administrativa, exercida em unica instancia pelo *“Tribunal do Contencioso Administrativo”*, e a judiciaria, exercida pelos juizes e tribunaes de justiça. O recurso contencioso - administrativo pode ser interposto pelos particulares contra os actos administrativos, occorrendo, alem de outras, estas condições: *a)* quando elles ferem um direito de character administrativo estabelecido anteriormente em favor do requerente por uma lei, regulamento ou outro preceito administrativo; entendendo-se que o *direito está estabelecido em seu favor*, quando a disposição, que se reputa infringida, assim lhe o reconheça *individualmente*, ou ás pessoas, que se acharem no mesmo caso; *b)* quando *lesam direitos particulares* estabelecidos ou reconhecidos por uma lei, e os actos administrativos, embora praticados em consequencia de alguma disposição de character geral, hajam infringido a lei, da qual se originam ditos direitos. Se consideram, ao contrario, de *indole civil* e da competencia da jurisdicção ordinaria as questões, em que o direito vulnerado for de character civil, e bem assim, as que emanam de actos, nos quaes a administração tenha agido, como pessoa juridica, a dizer, como sujeito de direitos e obrigações (Mhartin y Guix, *Reclamaciones Administrativas*, ns. 373 - 395.—Madrid, 1903).

Alem disto, cumpre não omittir, que a lei e a jurisprudencia declaram, que não estão sujeitos, nem mesmo ao recurso contencioso - administrativo, os actos *discrecionarios* de Administração, taes são:—1) as questões que pertencem á ordem publica ou ao governo; 2) as que affectam á organização dos serviços geraes do Estado; 3) as resoluções

negatorias de comissão de qualquer especie que são solicitadas da Administração, salvo o disposto em contrario nas leis; 4) as que negara ou regulam gratificações ou emolumentos, não prefixados em lei ou regulamento, aos funcionarios publicos que prestam serviços especiaes; 5) a remoção dos empregados publicos, a não ser que a sua inamovibilidade esteja declarada por uma lei; 6) as penas disciplinares impostas aos funcionarios publicos; 7) as disposições de caracter geral, adoptadas peia administração; sendo de considerar, como taes, as disposições regulamentares, que se referem a todos os funcionarios de um corpo (Mhastin y Guix, loc. cit, n. 377).

— As disposições do direito privado, porventura applicaveis ao assumpto, que nos occupa, são deste teor:

— El que por acción ú omisión causa dano á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el dano causado. (Cod. Civ. Hesp. art. 1902). — La obligation que impone el articulo anterior es exigible no solo por los actes ó omisiones propias, sino por los de quellas personas por quienes se debe responder (Cod. cit. art. 1903).— Lo son igualmente los duenos ó directores de un estèblecimiento ó empresa respecto de los prejuicios causados por sus dependientes en el servido de los ramos en que los tuvieron empleados ó con occasion de sus funciones. El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediacion de un agente especial; pêro no quando el dano hubiere sido causado por el funcionario á quien propriamente coresponda la gestion praticada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el articulo anterior (art. 1903 cit).

Esta parte final da ultima disposição está de acordo com os arts. 18 - 21 do Cod. Penal Hesp. sobre a responsabilidade civil ou satisfação do damno causado pelo delicto. O disposto no art. 19 do Cod. Penal presuppõe mesmo, que dita responsabilidade possa tambem attingir ao Estado (*ó cuando la responsabilidad se extenda al Estado ó á la mayor parte de uma poblacion...*); sendo, porém, de advertir, que a responsabilidade civil, admittida pelo codigo penal contra pessoas, que

não o delinquente, isto é, que não estejam sujeitas á responsabilidade criminal juntamente,—é sempre de caracter subsidiario.

Agora, para não omittir, tambem devemos dizer, que os autores citam, como regra de boa jurisprudencia, uma decisão do Tribunal Supremo (de 7 janeiro 1898), na qual se disse:

“Que o Estado não é responsavel de damnos e prejuizos que resultam aos particulares em consequencia dos actos executados pelos empregados no desempenho das funções proprias dos seus cargos, “por não se poder suppor no Estado culpa ou negligencia quanto á organização dos serviços publicos, nem quanto á designação de seus agentes, e, pelo contrario, a previsão humanamente possivel para que cada serviço corresponda ao bem pessoal e ao dos particulares interessados nos assumptos” (Autor cit n. 89).”

— O considerando da decisão, como se vê, assenta no presupposto, infelizmente não verdadeiro, de que o Estado não póde errar ou estar em culpa. Entretanto em lei de data posterior (de 7 agosto 1899, art. 3º) foi expressamente reconhecida a *responsabilidade subsidiaria* do Estado, no caso de revisão favoravel das sentenças criminaes, isto é, o - direito de reparação pecunizria em favor do condemnado ou de seus herdeiros, quando a sentença for annullada nas condições previstas pela lei.

Eis ahi, pois, o proprio Estado se confessando capaz de erro ou culpa, e, consequinteraente, responsavel pela satisfação do alheio damno...

PORTUGAL. — E’ muito pouco, o que temos a informar da legislação portugueza sobre o assumpto.

“O Estado, a Igreja, as Camaras Municipaes, etc., são havidos, emquanto ao exercicio dos direitos civis respectivos, por pessoas moraes, salvo na parte em que a lei ordenar o contrario” (Cod. Civ. Port. art. 37).

Os differentes casos de responsabilidade civil, *por ofensa de direitos*, estão regulados no codigo citado pelos arts. 2361 - 2403; sendo que

os arts 2399 - 2402 tratam, em particular, da responsabilidade que possa caber pessoalmente aos empregados publicos e juizes. Dentre os artigos indicados convém mencionar, como de maior relevancia, os seguintes:

— Todo aquelle que viola ou offende os direitos de outrem, constitue-se na obrigação de indemnisar o lesado por todos os prejuizos que lhe causa (art. 2361).

— Os direitos podem ser offendidos por factos, ou por omissões de factos (art. 2362).

— Estes factos ou omissões de factos podem produzir a responsabilidade criminal, ou simplesmente a responsabilidade civil ou uma e outra responsabilidade simultaneamente (art. 2363); consistindo a responsabilidade civil em constituir o autor do facto ou da omissão do facto na obrigação de restituir o lesado ao estado anterior á lesão, e a satisfazer as perdas e danos que lhe haja causado (arts. 2364 - 2365).

— O disposto nestes artigos do codigo civil confere com as disposições doCodigo Penal Portuguez (arts. 104 - 105) sobre a mesma materia. O primeiro destes codigos declara ainda,— que a relevação da responsabilidade criminal, mesmo a absolvição do delinquente, não elide a acção de perdas e danos (arts. 2377 e 2505).

— A responsabilidade pessoal dos funcçionarios publicos por perdas e danos é expressamente declarada, desde que os mesmos agirem excedendo as suas attribuições legaes (2399 - 2400).

— Os juizes serão irresponsaveis nos seus julgamentos, excepto si, annullados ou reformados estes por sua illegalidade, se deixar expressamente aos lesados o direito salvo para haverem perdas e danos, etc, etc. (art, 2401).

“Mas si alguma sentença criminal fôr executada, e vier a provar-se depois, pelos meios legaes competentes, que fora

injusta a condenação, terá o condenado, ou os seus herdeiros, o direito de haver reparação por perdas e danos, que será feita pela fazenda nacional, precedendo sentença controvertida com o ministerio publico em processo ordinario" (art. 2403).—Vide: Dias Ferreira, Cod. Civ. Port., t. V; H. Secco, Cod. Pen. Portuguez.

— Como se vê, o principio da responsabilidade civil do Estado está expressamente reconhecido por este ultimo artigo. Mas si elle é justo, porque não applical-o aos demais casos?... Qual o principio de razão ou justiça, que justifica a distincção, segundo a qual o Estado deve responder pelos danos causados do funcionario judicial, e não, pelos danos do funcionario administrativo? Em ambos os casos o que ha, é uma lesão do alheio direito, que deve ser reparada.

— Alem disto, a responsabilidade do Estado tambem se acha reconhecida, em se tratando de serviços ou actos especiaes, como os da viação publica: *a)* pelas servidões temporarias ou permanentes; *b)* pelas perdas e danos causados nos bens de raiz, bens moveis e semoventes;— cabendo aos individuos lesados ou interessados o direito de acção, não, contra os empregados publicos ou executores das obras, mas directamente contra o Estado ou Administração publica. (Dec. 31 dezembro 1864, arts. 17 - 18, e 32, e legislação posterior).

— Do mesmo modo, a responsabilidade do Estado é expressamente reconhecida pelos danos, resultantes do serviço telegrapho - postal (Lei de 7 de julho 1880, art. 12; Reg. Geral de 23 de setembro de 1880, art. 503 sg.; Dec. de 29 julho 1886, art. 12, e do 1º dezembro 1892, art. 24; etc.)

CONCLUSÃO. — Si pretendessemos tirar uma conclusão geral de tudo, quanto ficou dito nos capitulos anteriores, ou mesmo, somente das breves indicações feitas na *presente nota*, acerca da jurisprudencia estrangeira, — essa conclusão não podia deixar de dar-nos a triste convicção de que, o que domina ainda por toda a parte sobre a

importante materia da responsabilidade civil do Estado, não satisfaz de maneira alguma...

Sobre tudo, é manifesta a contradicção entre os principios modernos de doutrina sobre o Estado, e a pratica que, não obstante, continua a ser mantida, relativamente ás *obrigações juridicas* do mesmo Estado. O Estado, ensina-se , não é mais o *imperium arbitrario* da antiguidade; todo o seu poder e acção *lhe vem do direito e lhe são marcados pelo direito*.— Ensino verdadeiro, sem duvida, e inteiramente conforme á idéa do “Rechtsstaat”. Mas, que succede na pratica? Umas vezes, a negação da sua responsabilidade juridica sob a invocação dos *direitos soberanos* do Estado. Outras vezes, si não se dá a mesma negação, dá-se a falta de lei positiva reconhecendo - a, e dahi a incoherencia dos arestos, no empenho sabido de restringir dita responsabilidade, ainda mesmo, com o sacrificio manifesto da propria justiça!

Felizmente, do lado opposto avulta, cada vez mais, a tendencia irresistivel do espirito juridico moderno, impondo ao legislador a necessidade de fazer cessar a incoherencia das leis, que ainda distinguem entre os autores da lesão do direito, como criterio de sujeital-os, ou não, a sancção da justiça...

Ninguém ousa mais dictar, como lei, a irresponsabilidade absoluta do Estado na lesão dos direitos individuaes; ainda que o legislador, receioso de adoptar a regra simples, facil, da boa razão juridica, continue a oscillar numa situação, cada dia, menos defensavel aos olhos da critica...

Entretanto, sem a necessidade de relembrar circumstancias, que deixamos assignaladas em outras partes deste trabalho, e restringindo - nos ás indicações da presente “*nota additiva*”, a situação é simplesmente esta:— aqui só se reconhece a responsabilidade do Estado, quando a offensa do direito resulta de actos da autoridade judiciaria,

como na Austria; alli, só quando se trata de violências feitas á liberdade individual, ou em outros casos particulares declarados na lei, como na Suissa; em outros logares, finalmente,— só quando o damno se da no desempenho de uma commissão especial do Estado, ou quando resulta de uma sentença judiciaria, mais tarde annullada por injusta, como se verifica na Hespanha e em Portugal...

Junte-se agora a isso a *magna caterva* das distincções conhecidas de "*actos de governo, de imperio, de poder, de gestão, de actos pessoaes, de serviço ou função*", e ter-se-ha idéa do esforço, com o qual ainda hoje se pretende sobrepor o poder do Estado ao principio superior dos direitos individuaes, cuja garantia e defesa constituem, aliás, a razão fundamental da propria instituição-Estado.

— Enorme força tem, sem duvida, a tradição. Mesmo, depois de patenteado o erro ou a injustiça, que ella consagra, só, aos poucos, se conseguirá destruir o baluarte da fé, em que repousa a sua autoridade.

O dogma, de que *é o poder, que crêa o direito*, foi ensinado sem contestação durante muitos seculos. A doutrina contraria, de que é o direito, que justifica a existencia do poder, é apenas de data moderna.

Por isto, ainda que ella seja theoricamente incontrastavel pela força da verdade, que a illumina, — o dogma tradicional ainda não lhe cedeu, na pratica, senão, uma parte dos dominios, que outr'ora lhe eram no todo exclusivos...

Ha de cedel-os, fatalmente, ao imperio mais forte da razão juridica.